Die Rechtswirkungen der Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Robert Schmauch

aus Frankfurt a. M.

Approbiert am 16. Februar 1936

Verlags- und Dissertationsdruckerei Carl Beck, Eisfeld i. Thür.
1936

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis

Bertin: Die Generalklausel im Arbeitsrecht nach der Rechtsprechung, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, S. 183 ff.

Bodmann: Dispositive Tarifnormen? in Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 383.

— Die Einwirkungen des Treuhänders auf die Arbeitsbedingungen des Betriebes, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, Sp. 216.

— Die Normenwirkung von Tarifordnung und Betriebsordnung, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 321.

Dersch: Kommentar. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934. (AOG).

Ender, V.: Die Schiedsklausel des sächsischen Angestelltentarifvertrages. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jg. 1930, Sp. 459.

Erdmann und Meißinger: Die Arbeitszeitverordnung. 1934. (AZO).

Franke: Die Verwirkung im Arbeitsrecht. — Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 258 und 318.

— Verwirkungsklauseln und mangelnder Schutz gegen die Druckkündigung, ein Widerspruch im Arbeitsrecht. JW 1935, S. 1306.

Grußendorf: Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts, in Deutsche Justiz, 97. Jg., S. 941 f.

Hagemann: Der Tariflohnverzicht und das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 42 ff.

— Der nachträgliche Verzicht auf Tariflohn und das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 30. März 1935, in Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 254 ff.

Herschel: Tarifordnung und Richtlinien, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 62.

Herschel: Zur Frage der Abschlußnormen, in Arbeitsrecht und Volkstum, 17. Jg. 1935, Sp. 76.

Hueck-Nipperdey-Dietz: Kommentar, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

— Lehrbuch des Arbeitsrechts. 3. und 5. Aufl., I. Bd. 1931; II. Bd. 1932.

Jellinek: Verwaltungsrecht. 3. Auflage.

Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht. 4. Aufl. 1932.

Krause: Die Verwirkung, in DJZ 1934, Sp. 1512.

Kronenberg: Ausnahme von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, Diss. Jena 1929.

Lehmann: Tarifvertrag und Nachwirkung. 1927.

Leopold, Joh.: Untertarifliche Entlohnung. Diss. Leipzig 1927.

Makulik: Verwirkung im Arbeitsrecht. Diss. Köln 1933.

Mansfeld: Kommentar, Die Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

Meißinger: Grundsätze des Arbeitsrechts in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, JW 1935, S. 1898.

Molitor: Kommentar zur Tarifvertragsverordnung, vom 23. 12. 1918 / 1. 3. 1928. 1930. (TarVO).

Neitzel: Entwicklung und Neugestaltung des Arbeitszeitrechts, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 205 ff.

Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

Nipperdey: Anmerkung zu dem Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 13. Juli 1935, in Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 250.

— Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts, in Handels- und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 203. *)

Norden: Die Fürsorgebestimmungen in den Tarifordnungen, in Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 201.

*) in der Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1. 10. 29, IV. Band.

Norden: Verzicht und Verwirkung von Ansprüchen aus Tarifordnungen, in Arbeitsrecht u. Volkstum, 1935, Sp. 153, 233.

Oppermann: In einer Anmerkung zu dem Aufsatz von Boeker, JW 1934, S. 605.

Potthoff: Gehen Tarifnormen noch in die Arbeitsverträge ein? Soziale Praxis, 1934, Sp. 1457 ff.

Pracht: Arbeitsgerichtsgesetz vom 1. 5. 34, 1934 (ArbGG).

RArb i. — ArbR Samml. (RAG) = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. Herausgegeben von Dersch u. Flatow.

Reichsarbeitsblatt 1934.

Reichsgerichtsräte, Kommentar, I. Bd., 1934.

Richter, L.: Zusammentreffen mehrerer Tarifordnungen, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 249 ff.

— Die Rechtswirkungen der Tarifordnung, in JW 1934, S. 1013 ff.

— Der Treuhänder der Arbeit und die Regelung der Arbeitsbedingungen. JW 1934, S. 600 ff.

Rieger: Begriff der Rückwirkung und ihre Anwendung bei Betriebsordnung und Tarifordnung. JW 1935, S. 989.

Rohmer: Arbeitszeitverordnung in der Fassung der Verordnung vom 26. 7. 1934.

Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hsg. v. Heymann), Marburg 1934.

Simon: Die Nachwirkung von Tarifverträgen. Diss. Köln 1937.

Soziale Praxis: Das Ende des Tariflohnverzichts. 1935, Sp. 1285.

— Sp. 1253 (Jahr 1935): Neue Bestimmungen über Tarifordnungen und Kündigungsschutz.

Stahlberg: Gibt es eine Nachwirkung abzulaufender Tarifverträge. Diss. Göttingen 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB, II. Bd., I. Teil, 9. Aufl. 1930.

Steinmann: Die 14. Durchführungsverordnung zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 309.

ö. ArbG. = Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben.

Vielhaber: Der Tariflohnverzicht unter der Herrschaft des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit. Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 200.

Volkmar: Bemerkungen zu dem Aufsatz von Kahn-Freund: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1929, S. 670.

Westermann: Der Rechtszustand bei Wegfall der Betriebsordnung und Tarifordnung. Soziale Praxis, 1935, Sp. 262 ff.

Wormke: Die Überstunden in der arbeitsgerichtlichen Praxis. Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, Sp. 161.

§ 1.

Die Rechtsnatur der Tarifordnung.

Die Wirkung der Tarifordnung ist überwiegend privatrechtlich, denn sie regelt zwingend die Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer, die in einem der TO (TO = Tarifordnung) unterworfenen Betrieb eintreten wollen. Die TO hat aber auch öffentlich-rechtliche Wirkungen, z. B. im Rahmen der Arbeitszeitfestsetzung. Jedoch kann aus den Wirkungen nicht auf die Rechtsnatur der TO geschlossen werden. Denn weder hat eine öffentliche Normenquelle nur öffentlich-rechtliche Wirkungen, noch schafft eine privatrechtliche Normenquelle nur privatrechtliche Normen. Die TO wird also nicht zu einem privatrechtlichen Rechtsgestaltungsakt, wenn durch sie auch hauptsächlich Privatrecht geschaffen wird.

Deshalb ist es erforderlich, die Rechtsnatur aus dem Entstehungsakt selbst festzustellen [1]). Die TO, die der Treuhänder verfügt, stellt sich als Ausfluß des öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreises eines Reichsbeamten dar. Der Treuhänder ist Träger staatlicher Hoheitsrechte. Als Vertreter des Staates regelt er eine unbestimmte Vielheit von Arbeitsverhältnissen. Unabhängig von dem Willen der Beteiligten wird er unmittelbar und zwingend ihnen gegenüber tätig; er tritt nicht als Gleichgeordneter ihnen entgegen. Seine Willensäußerung tritt daher in die Sphäre des öffentlichen Rechts und die TO ist somit ein öffentlich-rechtlicher Staatsakt [2]).

Wenn auch der Treuhänder Verwaltungsbeamter ist, so gehört dieser Staatsakt nicht in das Gebiet der reinen Verwaltung. Der Verwaltungsakt stellt sich als die einer bestimmten Person gegenüber vorgenommene obrigkeitliche Äußerung innerhalb der Verwaltung

---

1) So Dersch: Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 67.
2) So Mansfeld, Komm. zu AOG § 32 Anm. 8; Dersch, a. a. O., S. 67.

dar [3]. Da aber die Regelung der TO für eine unbestimmte Vielheit von Rechtsverhältnissen durch den Treuhänder unmittelbar und zwingend für die ihm unterstellten Beteiligten gilt, so handelt es sich um allgemeine, zwingende Rechtssätze, um echte objektive Rechtsnormen. Der Akt, durch den solche Rechtssätze kraft des staatlichen Hoheitsrechts entstehen, ist eine gesetzgebende Funktion des Staates [4].

Gesetztes Recht wird entweder durch Gesetz oder Verordnung geschaffen. Soweit die TO in Frage steht, kann die erstere Entstehungsart außer Betracht bleiben. Die TO entsteht nicht in den Formen des Gesetzes und geht auch nicht aus der zentralen Gesetzgebungsstelle hervor. Der Treuhänder erläßt sie vielmehr mit gesetzlicher Ermächtigung auf Grund des AOG. Die TO genügt also allen Anforderungen, die an eine echte Rechtsverordnung gestellt werden, denn es handelt sich um gesetzte Rechtssätze die von einer staatlichen Stelle ausgehen, ohne Gesetz zu sein [5].

Als staatliche Rechtsverordnung kennt die TO nur normative Bestimmungen. Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages ist mit der Beseitigung der Tarifparteien und des Vertrages überhaupt in Wegfall gekommen. Den schuldrechtlichen Teil bildeten die Bestimmungen, die Pflichten der Tarifparteien gegeneinander begründeten [6].

§ 2.

Der Geltungsbereich der Tarifordnung.

Der Geltungsumfang der Tarifordnung muß nach vier Gesichtspunkten hin betrachtet werden und zwar nach dem räumlichen, sachlichen, zeitlichen und per-

---

3) Ebenso Jellinek, Verw. Recht, 3. Aufl., S. 246; Dersch, a. a. O., S. 68.
4) Dersch a. a. O., S. 67; Mansfeld, a. a. O., Anm. 8, § 32, S. 359.
5) Jellinek, Verw. Recht, 3. Aufl., S. 126; Dersch, a. a. O., S. 67; Mansfeld, Anm. 8 zu § 32, S. 359; L. Richter, JW 1934, S. 1013; Hueck-Nipperdey, Komm. zum AOG, S. 326 § 32 Anm. 118; Herschel, Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 63.
6) Hueck-Nipperdey, S. 317 § 32 Anm. 95; Dersch, S. 213 Anm. 8c; Nikisch, S. 58; Mansfeld, Komm. zum AOG, S. 375 Anm. 11 und 358 § 32 Anm. B 7.

sönlichen Geltungsbereich. Aus den vier obengenannten Geltungsbereichen ergibt sich der einheitliche Geltungsbereich; die Zergliederung selbst ist lediglich von denktechnischer Bedeutung [7]).

1. Der räumliche Geltungsbereich.

Für die Gültigkeit von Rechtsverordnungen gelten die Grundsätze für Gesetze. Ein Gesetzgeber kann aber nur in seinem räumlichen Geltungsbereich wirksam Recht setzen. Daher kann sich auch der Treuhänder als Staatsorgan, das zu abgeleiteter Rechtssetzung ermächtigt ist, nicht darüber hinwegsetzen. Er kann somit die Tarifordnungen nur für seinen räumlichen Geltungbereich erlassen.

Der räumliche Geltungsbereich einer Tarifordnung steht mit der örtlichen Zuständigkeit des Treuhänders in Zusammenhang. Die örtliche Zuständigkeit des Treuhänders umfaßt sein Wirtschaftsgebiet [8]). Der räumliche Geltungsbereich der Tarifordnung kann den ganzen Treuhänderbezirk umfassen, er kann aber auch enger gezogen werden als der des Treuhänderbezirks. Es würde nicht dem Sinn des AOG gerecht und es ist auch kein Grund hierfür ersichtlich, daß der Treuhänder die TO für den ganzen Treuhänderbezirk erläßt, denn Tarifordnungen sollen nur erlassen werden, wenn sie unbedingt erforderlich sind. Das ist dem Wortlaut des § 32 II 1 AOG zu entnehmen, der von einer Gruppe von Betrieben innerhalb des dem Treuhänder zugewiesenen Bezirks spricht [9]).

Der Betrieb muß innerhalb des Geltungsbereiches der Tarifordnung liegen, sonst hat die Tarifordnung keinen Einfluß auf den Betrieb. Im Zweifel gibt der Sitz des Betriebes oder der Betriebsleitung den Ausschlag.

Bei Arbeiten, die außerhalb des Geltungsbereichs der Tarifordnung — auf Anordnung des Betriebsfüh-

---

7) So L. Richter, JW 1934, S. 1015.

8) Die Wirtschaftsgebiete der ordentlichen Treuhänder sind durch die erste Durchführungsverordnung vom 1. 3. 34 geregelt (RGBl. I 1934 S. 134); ferner durch die Durchführungsverordnungen vom 28. Sept. 1934 RGBl. I S. 863; vom 15. 2. 1935 RGBl. I S. 240 und vom 28. 3. 1935 RGBl. I S. 503.

9) Ebenso Richter, JW 1934/1013; Mansfeld, Anm. 9b zu § 32 S. 361; Dersch, S. 211 Anm. 7c zu § 32; Hueck-Nipperdey S. 334 Anm. 155b zu § 32.

rers — ausgeübt werden, genügt es aber nicht, lediglich die Beschäftigungszone des Arbeitnehmers oder den Sitz des Betriebes zu beachten. Die dem Vertrag entsprechende Arbeitstätigkeit und auch deren betriebliche Grundlage sind für die Abgrenzung des räumlichen Geltungsbereichs von entscheidender Bedeutung [10]). Da der Treuhänder die Tarifordnung für die Betriebe erläßt, findet jedoch grundsätzlich die Tarifordnung Anwendung, in deren Geltungsbereich die Betriebsstätte liegt.

Daher macht es keinen Unterschied, wenn der Beschäftigte Arbeiten außerhalb des Geltungsbereichs der TO zu erledigen hat. Werden aber die Arbeiten von einer selbständigen Betriebsstätte des Unternehmers ausgeführt, die außerhalb des Tarifgebiets liegt, so greifen dann die Bestimmungen einer etwa für diese Betriebsstätte geltenden TO Platz [11]).

Da der Treuhänder den Bezirk für die Geltung der TO frei festsetzen kann, so kann er auch einzelne Gebietsteile ausschließen. Erfolgt nach dem Inkrafttreten der TO eine Eingemeindung, so wird dadurch der Geltungsbereich nicht geändert.

Soweit der Treuhänder es unterlassen hat, den Bezirk, für den die TO gelten soll, näher abzugrenzen, ist der räumliche Geltungsbereich der TO durch Auslegung festzustellen. U. U. kann das Ortsklassenverzeichnis Unklarheiten beseitigen. Kann der räumliche Geltungsbereich auf diese Weise nicht abgegrenzt werden, so gilt die TO für den ganzen Treuhänderbezirk. Die Tarifwirkung hört auf, wenn der Betrieb außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches verlegt wird. Denn sonst würde der Treuhänder in das Gebiet eines anderen Treuhänders eingreifen.

Nach § 33 AOG kann aber ein Treuhänder in beschränktem Umfange über seinen Bezirk hinaus TO'en erlassen. Eine TO, die danach unwesentlich über den Amtsbezirk eines Treuhänders hinausgeht, übt ihre Rechtswirkung auch in dem Gebiet aus, das über den Bezirk des Treuhänders hinausgeht [12]).

---

10) RArbG. i. ArbRSamml. 14/115.
11) RAG i. ArbRSamml. 14/115, 15/456.
12) Mansfeld a. a. O., S. 361 § 32 Anm. 9b; Hueck-Nipperdey S. 353 Anm. 231c; Dersch, Komm. S. 211, 7c zu § 32; Richter JW 1934/1014.

Die TO, die dagegen wesentlich den Treuhänderbezirk überschreitet, soll nach einer von Dersch und Mansfeld vertretenen Ansicht insoweit, als sie den Bezirk des Treuhänders überschreitet, nicht rechtsverbindlich, innerhalb des Geltungsbereichs des erlassenden Treuhänders dagegen rechtswirksam sein [13]). Obige Ansichten bestehen m. E. zu Unrecht. Das AOG macht einen Unterschied zwischen wesentlicher und unwesentlicher Überschreitung des Treuhänderbezirks. Ob die TO wesentlich oder nicht wesentlich über den Bezirk hinausgeht, ist eine Ermessensfrage, die sich der Treuhänder stellen muß, wenn er eine TO erlassen will. Dieses Ermessen kann aber nicht Gegenstand der Nachprüfung durch die Gerichte werden [14]). Allenfalls kann die TO im Wege über die Dienstaufsicht durch den Reichsarbeitsminister beseitigt werden [15]).

Demzufolge ist anzunehmen, daß die räumliche Überschreitung eine unrichtige Einschätzung der Wesentlichkeit ist, die die Rechtswirksamkeit der TO auch in dem hinausgehenden Gebiet nicht beeinträchtigt [16]).

Daß Dersch [17]) — obwohl er der Meinung ist, daß es sich um eine Ermessensfrage handelt — bei wesentlicher Überschreitung der TO die Unwirksamkeit eintreten lassen will, ist unverständlich. Wer stellt fest, was zu viel ist, um nicht unwesentlich zu sein?

Anders ist die Rechtslage, wenn der Geltungsbereich einer TO völlig außerhalb des Gebietes des erlassenden Treuhänders liegt.

Hier ist die Nichtigkeit ohne weiteres anzunehmen [18]). Denn von Ermessen kann in diesem Falle keine Rede mehr sein. Insoweit können auch die Gerichte die örtliche Zuständigkeit nachprüfen.

2. Der zeitliche Geltungsbereich.

a) Beginn.

Das AOG selbst hat keine gesetzlichen Vorschriften über das Inkrafttreten der TO aufgestellt. Der

---

13) Mansfeld, S. 361 § 32, 9b; Dersch, Komm. S. 211, 7c zu § 32.
14) So Dersch, S. 211 Anm. 7c; Richter JW 1934/1014; a. A. Mansfeld S. 361 § 32 Anm. 9b.
15) Richter, JW 1934/1014.
16) Richter, JW 1934/1014.
17) Dersch, a. a. O., S. 211 Anm. 7c zu § 32.
18) Richter, a. a. O., S. 1014.

Treuhänder hat daher den Tag des Inkrafttretens selbst festzustellen. Mangels einer dahingehenden Angabe in der TO tritt die Wirkung mit dem auf die Verkündung im Reichsarbeitsblatt folgenden Tag ein [19]). Tag der Verkündung ist der Tag der Ausgabe des Reichsarbeitsblattes in Berlin.

Die TO ergreift nicht nur die Einzelarbeitsverträge, die erst nach ihrem Inkrafttreten abgeschlossen werden, sondern auch die schon bestehenden Arbeitsverträge. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 32 II 2 AOG, der nicht zwischen künftig abzuschließenden und bereits bestehenden Arbeitsverträgen unterscheidet [20]).

b) Ende.

Die TO tritt außer Kraft, wenn sie vom Treuhänder ausdrücklich aufgehoben wird. Die Partner des Arbeitsvertragsverhältnisses können allenfalls die Aufhebung in Vorschlag bringen [21]).

Die Geltungsdauer der TO kann sich auch aus ihr selbst ergeben, wenn ein Ablaufszeitpunkt für sie bestimmt wird [22]). Die TO wird schließlich durch Erlaß einer neuen TO aufgehoben [23]). Denn mit dem Inkrafttreten der neuen TO werden die Arbeitsverhältnisse im vollen Umfange von ihr erfaßt. Mit dem Tage der Aufhebung hört die Wirkung der TO auf.

c) Rückwirkung.

Da jeder Rechtssatz sich rückwirkende Kraft beilegen kann, so ist auch hinsichtlich der TO, die sich als echte Rechtsverordnung darstellt, Rückwirkung rechtlich möglich [24]). Das ist jetzt ausdrücklich durch die 14. Verordnung zur Durchführung des AOG vom 15. 10. 1935 auf Grund des § 64 II AOG im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister, dem Reichsminister der Finanzen und dem Reichsminister des Innern ge-

---

19) Vgl. § 22 der zweiten Durchführungsverordnung, § 2 des Ges. über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 13. 10. 1923. Ebenso Dersch, a. a. O., S. 211 Anm. 7d.
20) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 161 zu § 32.
21) L. Richter, a. a. O., S. 1015.
22) Richter, S. 1015; Mansfeld, S. 373 Anm. f. IV zu § 32.
23) Mansfeld, S. 373 Anm. IV zu § 32
24) Richter, JW 1934/1014; Mansfeld, a. a. O., S. 373; Dersch S. 211 Anm. 7d; Hueck-Nipperdey, a. a. O., Anm. 161f zu § 32.

regelt worden. Nach § 1 I dieser Verordnung kann der Treuhänder der Arbeit oder ein bestellter Sondertreuhänder für das Inkrafttreten und für die Aufhebung einer von ihm erlassenen TO einen vor dem Tage der Bekanntmachung im RABl. liegenden Zeitpunkt festsetzen. Allerdings ist die Zustimmung des Reichsarbeitsministers erforderlich, wenn der Zeitpunkt länger als einen Monat zurückliegen soll. Die frühere Streitfrage, ob die Rückwirkung auch Arbeitsverhältnisse erfassen könne, die z. Zt. des Inkrafttretens der TO nicht mehr bestehen, ist durch die 14. Durchführungsverordnung ebenfalls positiv geregelt worden, und zwar dahin, daß von einer mit Rückwirkung erlassenen TO Arbeitsverhältnisse, die vor der Bekanntmachung der TO im Reichsarbeitsblatt beendet sind, nicht erfaßt werden; die Bestimmungen einer solchen TO über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wirken auf eine vor ihrer Bekanntmachung im RABl. erfolgte Kündigung nicht zurück. In besonderen Fällen kann der Treuhänder der Arbeit mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers in der TO Abweichendes bestimmen [25]).

Außer den Schranken des § 1 der Durchführungsverordnung sind auch natürliche Schranken für die Rückwirkung gegeben. So kann ein Rechtssatz, also auch eine Tarifordnungsnorm mit rückwirkender Kraft nicht Tatsachen korrigieren. Sie kann aber an Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen, anknüpfen. Haben Beschäftigte einer bestimmten Gruppe von Betrieben eine bestimmte Arbeit geleistet, so kann der Treuhänder der Arbeit lediglich Geldzahlungsverpflichtungen in der TO mit rückwirkender Kraft regeln (Lohnerhöhungen, auch Lohnherabsetzungen mit Anrechnungs- oder Rückzahlungspflicht) [26]). Auch strafrechtliche Beurteilungen können durch eine TO mit rückwirkender Kraft korrigiert werden. Durch nachträgliche Zulassung der Mehrarbeit (§ 8 AZO) entfällt die Strafbarkeit des Unternehmers, der Überstunden leisten ließ [27]). Jedoch können Tatbestände aus tatsächlichen Gründen nicht verändert werden. Durch die TO kann die Arbeitszeit nicht nachher verlängert werden. Denn die Arbeit

25) § 1 II 14. Durchführungsverordnung v. 15. 10. 35 RGBl. I S. 1240.
26) Richter, JW 1934 S. 1014; Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 169 zu § 32.
27) Richter, a. a. O., S. 1015.

ist zeitgebunden und kann nicht rückwirkend geändert werden. Der nachträglichen Zulassung der Mehrarbeit mit rückwirkender Kraft kommt somit lediglich öffentlich-rechtliche Wirkung zu, indem die Strafbarkeit nach § 27 AZO entfällt.

3. Der sachliche Geltungsbereich.

Weiter ist in der TO deren sachlicher Geltungsbereich festzulegen. Während nach § 18 ö. ArbG. die Sondertreuhänder von vornherein nur für sachlich umschriebene Gruppen von Verwaltungen und Betrieben oder für einzelne Gruppen TO'en erlassen, enthält das AOG lediglich den Hinweis auf den Schutz der Beschäftigten „einer Gruppe von Betrieben" (§ 32 II 1 AOG) und die Worte „die von ihr (der TO) erfaßten Arbeitsverhältnisse" [28]).

Der sachliche Geltungsbereich einer TO bestimmt sich nicht nur von der Unternehmerseite, sondern auch von der Beschäftigtenseite aus. Nicht nur auf die Art und den Zweck des Betriebes des Unternehmers kommt es an, sondern es muß auch die Art der vom Beschäftigten verrichteten Arbeit berücksichtigt werden [29]). Es zeigt sich somit die schon im früheren Recht vorhanden gewesene Eingabelung [30]) der zu erfassenden Arbeitsverhältnisse. Nach der Arbeit, die vom Beschäftigten geleistet werden muß, und nach der Art des Betriebes (Unternehmens, Arbeitgebers). Zur Bezeichnung der von der TO erfaßten Gruppe von Betrieben würde deren Artbegriff nicht genügen, denn die in der TO geregelten Arbeitsbedingungen sind den Besonderheiten der erfaßten Arbeitsverhältnisse anzupassen, andernfalls würde gegen den Grundsatz der Leistungsentlohnung (§ 29 AOG, § 32 II 1) verstoßen. Der sachliche Geltungsbereich der einzelnen TO muß daher von vornherein auf Arbeitsverhältnisse bestimmter Art zugeschnitten werden, insbesondere ist eine Spezialisierung entsprechend der Art der zu leistenden Arbeit durch Lohnkategorien unbedingt notwendig [31]).

---

28) Richter, JW 1934/1014.
29) RAG i. ArbRSamml., 13/364.
30) Ebenda.
31) Bei einem Widerspruch zwischen der Bezeichnung des Beschäftigten oder der Vereinbarung bei der Einstellung und der Art seiner tatsächlichen Beschäftigung kommt es grundsätzlich auf die letztere an. Vgl. Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 159d S. 335. RAG i. ArbRSamml. 10/227, 12/22, 14/172.

Sind aber die zu erfassenden Arbeitsverhältnisse sowohl nach der Art des Betriebes als auch nach der Art der Beschäftigung zu umschreiben, so ergreift eine TO, die die Löhne für technische Angestellte regelt, nicht kaufmännische Angestellte [32]); eine reine Industrietariifordnung findet nicht auf handwerksmäßige Betriebe Anwendung [33]).

Ist die Gruppe von Betrieben, für die die TO Geltung haben soll, nicht bezeichnet [34]) und auch nicht aus dem Inhalt der TO zu ermitteln, so erstreckt sich die Geltung der TO auf alle Betriebe im Treuhänder- oder zugewiesenen Sondertreuhänderbezirk.

4. Der persönliche Geltungsbereich.

Der Aufbau des Tarifvertragsrechts zeigt, daß die tariflichen Arbeitsbedingungen lediglich für die Tarifbeteiligten, in der Hauptsache die Mitglieder der Tarifparteien, Geltung hatten. Sollte die Tarifgeltung auch die Nichtmitglieder der beiderseitigen Verbände erfassen, so war die allgemeine Verbindlichkeitserklärung des Reichsarbeitsministers erforderlich. Nach der Beseitigung der Tarifvertragsparteien ist die Beschränkung der Geltung des Tarifvertrages und somit auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung weggefallen.

Nunmehr gleicht mit dem Wegfall der Tarifparteien die Geltung der TO in persönlicher Hinsicht der jedes anderen Rechtssatzes. Das ergibt sich insbesondere auch aus § 32 I 2 AOG. Danach ergreift die Wirkung der TO alle Arbeitsverhältnisse, die der in der TO genannten sachlichen Art entsprechen [35]).

Es kommt also insbesondere auf die Betriebszugehörigkeit an. Der persönliche Geltungsbereich spielt daher jetzt nach der Neuregelung keine besondere Rolle mehr.

Indessen kann auch nicht an Stelle des persönlichen Geltungsbereichs die Gruppe von Betrieben treten, für die die TO erlassen wird. Denn sie dient zur Umschreibung der Art der erfaßten Arbeitsverhält-

32) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 159d S. 335.
33) Mansfeld, Komm. zum AOG § 32 Anm. f. II S. 372.
34) Grundsätzlich sind die Betriebe ohne Aufzählung nach Gattungsmerkmalen zu bezeichnen, z. B. landwirtschaftliche Betriebe.
35) Richter, a. a. O., S. 1014; Mansfeld, S. 370, 10f I; Nikisch, a. a. O., S. 58, 3c Ziff. 2.

nisse, also des sachlichen, nicht aber des persönlichen Geltungsbereichs.

Nur dann kann noch von einem persönlichen Geltungsbereich die Rede sein, wenn die TO einen Teil der Gefolgschaft von der Tarifgeltung ausnimmt oder für einen Teil der Gefolgschaft nur dann gelten soll, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, so etwa, wenn die TO nur für Frauen oder Männer gilt; desgleichen, wenn Minderleistungsfähige und Lehrlinge wegen der Entlohnung getrennt behandelt werden [36]). Lehrlinge fallen übrigens in der Regel nur dann unter die TO, wenn es besonders bestimmt ist [37]).

5. Die Tarifkonkurrenz beim Zusammentreffen mehrerer Tarifordnungen.

a) Wann liegt Tarifkonkurrenz vor?

Wie bei jeder abstrakten gesetzlichen Bestimmung kommt es auch bei der TO, die als Rechtsverordnung objektives Recht setzt, vor, daß derselbe Sachverhalt die Voraussetzungen für die Geltung zweier verschiedener Gesetzesbestimmungen erfüllt.

Es ist daher möglich, daß ein Arbeitsverhältnis unter mehrere Tarifordnungen fällt. Allerdings kann von Tarifkonkurrenz nur dann gesprochen werden, wenn das Arbeitsverhältnis sowohl dem räumlichen als auch dem sachlichen, zeitlichen und persönlichen Geltungsbereich der beiden TO-en unterworfen ist.

Kein Fall der Tarifkonkurrenz liegt daher vor, wenn eine TO durch eine von demselben Treuhänder später erlassene TO mit demselben Geltungsbereich wegen des entgegenstehenden Inhalts aufgehoben wird.

Desgleichen treten Tarifordnungen, die sich ergänzen, nicht in Konkurrenz zueinander, selbst wenn die TO'en nicht vom selben Treuhänder erlassen sind (so von einem Sondertreuhänder und einem Treuhänder). Daß Tarifordnungen, die verschiedene Arbeitsbedingungen regeln, sich nicht widersprechen und daher für eine Konkurrenz kein Raum ist, kann nicht bestritten werden [38]).

---

36) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 160 S. 335.
37) RArbG. in ArbRSamml. 14/550.
38) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 224 zu § 32; Mansfeld, Komm. S. 374, 10f V.

Insbesondere konkurrieren die Tarifordnungen nur scheinbar, wenn in Wirklichkeit die sachlichen Geltungsbereiche, hinsichtlich deren sowohl die Art und der Zweck des Betriebes als auch die Art der zu verrichtenden Arbeit bedeutsam ist, sich nicht decken.

Denn die TO, die für eine Gruppe von Betrieben erlassen ist, ergreift im Zweifel nur die selbständigen, nach dem Produktionsziel bestimmten Betriebe. Erfaßt die TO den ganzen Betrieb, so ist die fachliche Seite, die sich nach der Art der Arbeitsleistung bestimmt, grundsätzlich nur für die Anwendbarkeit der einzelnen Tarifbestimmungen auf die Beschäftigten von Bedeutung Es folgt hieraus, daß Facharbeiter in berufsfremden Betrieben nicht auch einer etwa bestehenden Fachtarifsordnung, sondern nur der für den Betrieb geltenden Industrietarifordnung unterstehen, falls diese sie fachlich erfaßt. Daher hat für Betriebsmaurer in der chemischen Industrie der Chemietarif, nicht aber der Bautarif Geltung. Dies gilt selbst dann, wenn selbständige Betriebsabteilungen im Rahmen eines anders gearteten Hauptbetriebs bestehen. Werden dagegen Facharbeiter in berufsfremden Betrieben von der Industrietarifordnung fachlich nicht erfaßt, so unterstehen sie einer etwa bestehenden Fachtarifordnung.

Ein Fall der Tarifkonkurrenz liegt dagegen vor, wenn die Fachtarifordnung ausdrücklich ihren Geltungsbereich auf sachfremde Betriebe erstreckt und für die fachlich erfaßten Kategorien von Gefolgschaftsangehörigen Bestimmungen aufstellt [39]).

Indessen wird dieser Fall der Tarifkonkurrenz sehr selten vorkommen. Denn die Tarifordnung wird regelmäßig für Betriebe und nicht für bestimmte Berufsgruppen allein erlassen [40]).

b) Welche Tarifordnung findet auf das Einzelarbeitsverhältnis Anwendung beim Zusammentreffen mehrerer Tarifordnungen:

α) desselben Treuhänders?

Die Frage, welche Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis Anwendung findet, kann nicht auf

---

39) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 158 β zu § 32 S. 335 und Anm. 227e zu § 32 S. 352.
40) Mannsfeld, Komm. S. 374 Anm. 10f V.

Grund des Günstigkeitsprinzipes gelöst werden. Dieses Prinzip ist nur insoweit bedeutsam, als das Verhältnis zwischen der Tarifordnung und der Betriebsordnung oder dem Einzelarbeitsvertrag in Frage steht.

Vielmehr ist für die Lösung der Tarifkonkurrenz die etwaige Anordnung des Treuhänders maßgebend, soweit es sich um Tarifordnungen desselben Treuhänders handelt.

Er hat die Befugnis, diese Regelung nicht nur in der Tarifordnung selbst, sondern auch in einer neuen Rechtsverordnung, die er in Gestalt einer Tarifordnung erläßt, zu treffen: er kann sowohl den Vorrang als auch das Zurücktreten einer Tarifordnung anordnen.

Ist eine solche Anordnung nicht ergangen, so ist durch Auslegung der Willen des Treuhänders zu ermitteln [41]).

Erst wenn dieses Verfahren keine eindeutige Lösung bringt, ist unter Benutzung des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden, welche Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis Anwendung findet.

In jedem Betrieb gelangt nur eine Tarifordnung zur Anwendung, denn sie wird lediglich für eine Gruppe von Betrieben erlassen. Es kann also nicht nur auf dasselbe Arbeitsverhältnis nur eine Tarifordnung Anwendung finden, sondern es gilt auch für jeden Betrieb grundsätzlich nur eine Tarifordnung [42]).

Das Prinzip der Tarifeinheit wirkt sich insbesondere bei Bestehen einer Industrie- und Fachtarifordnung, die beide für das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, derart aus, daß die für eine Gruppe von Betrieben erlassene Tarifordnung die nur für einen bestimmten Beruf (Fachtarif) geltende Tarifordnung verdrängt.

Es kommt allerdings vor, daß in größeren Betrieben Abteilungen bestehen, die Arbeiten verrichten, die sonst von Unternehmern anderer Berufsart ausgeführt werden. Diese Abteilungen haben also tatsächlich mit dem Betriebszweck nichts mehr zu tun. Ergibt sich, daß eine Tätigkeit vorliegt, die völlig von der eigentlichen Betriebsarbeit abgewandt ist, so sind diese Abteilungen tarifrechtlich gesondert zu behandeln. Liegt

41) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 230 zu § 32, S. 353.
42) Ebenda, Komm. Anm. 229 Ziff. 3a zu § 32. Vgl. RArbG in ArbRSamml. 5/86 für das alte Recht.

daher Konkurrenz zwischen einer Betriebstarifordnung und Berufstariforordnung vor, so gilt dann nicht die Tarifordnung, die im übrigen auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse des Betriebes Anwendung findet, sondern die Berufstarifsordnung. Allerdings muß bei der Annahme einer selbständigen Betriebsabteilung ein strenger Maßstab angelegt werden, damit verhindert wird, daß in einem einheitlichen Betrieb verschiedene Tarifordnungen nebeneinander gelten.

Aus dem Prinzip des Vorranges der lex specialis vor der lex generalis folgt, daß überhaupt die betrieblich engere der betrieblich weiteren Tarifordnung desselben Treuhänders vorgeht. Dies entspricht auch dem Grundgedanken des AOG, das den Betrieb mit seiner Betriebsgemeinschaft in den Mittelpunkt stellt.

Soweit in zwei Tarifordnungen desselben Treuhänders der sachliche Geltungsbereich übereinstimmen sollte, so geht der räumlich engere dem räumlich weiteren Geltungsbereich vor. Auch das gilt auf Grund des Spezialitätsprinzips.

β) eines Sondertreuhänders?

Konkurriert die Tarifordnung eines Treuhänders mit der eines Sondertreuhänders, so geht die Tarifordnung des Sondertreuhänders der Treuhändertariforordnung vor.

Die Zuständigkeit des Treuhänders reicht nur insoweit, als nicht die Zuständigkeit des Sondertreuhänders besteht. Denn die beiden Zuständigkeiten sollen sich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht überschneiden. Ob der Geltungsbereich des Sondertreuhänders größer ist als der des Treuhänders oder kleiner, spielt demnach keine Rolle [43]).

Indem die sachliche und die örtliche Zuständigkeit des Treuhänders eingeschränkt wird, verdrängt die Rechtsquelle des Sondertreuhänders die des Treuhänders. Es ist der Wille des Gesetzgebers, daß die Zuständigkeit des Treuhänders da aufhören soll, wo die Zuständigkeit des Sondertreuhänders einsetzt. Daraus folgt, daß die Tarifordnung des Sondertreuhänders

---

43) So Mansfeld, Komm. S. 374, 10 f V; Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 230 zu § 32 Ziff. 3 b S. 353; vergl. Dersch, Komm. Anm. 7 e zu § 32.

die stärkere, die Tarifordnung des Treuhänders verdrängende Rechtsquelle ist.

Die Tarifordnung des Sondertreuhänders kann allerdings als die stärkere Rechtsquelle etwas anderes, also auch ihr Zurücktreten gegenüber der Tarifordnung des Treuhänders, bestimmen.

γ) zweier Treuhänder?

Auch die Konkurrenz von Tarifordnungen zweier verschiedener Treuhänder ist möglich. Das ergibt sich daraus, daß der Treuhänder der Arbeit nicht nur innerhalb seines Treuhänderbezirks örtlich zuständig ist, sondern ausnahmweise auch über seinen Bezirk hinaus, wenn es sich lediglich um eine unwesentliche Überschneidung handelt (vgl. § 33 AOG). Diese Zuständigkeit hat allerdings nur nachgeordnete Bedeutung [44]).

Wenn aber ein zuständiger Treuhänder eine Tarifordnung erläßt, die sein Gebiet umfaßt, so wäre es reine Willkür, die Tarifordnung des Treuhänders des Nachbarbezirks, die über den Nachbarbezirk unwesentlich hinausgeht, noch gelten zu lassen und nicht dem zuständigen Treuhänder den Vorrang zu geben.

Mansfeld [45]) ist anderer Ansicht. Er will im Einzelfall der Tarifordnung den Vorrang geben, nach der sich die Mehrzahl der Arbeitsverträge richtet. Wäre diese Ansicht richtig, so würde sie dazu führen, daß in dem Grenzgebiet für die Arbeitnehmer derselben Art von Betrieben verschiedene Arbeitsbedingungen gelten würden. Dies würde deshalb der Fall sein, weil es letzten Endes die Einzelvertragsparteien wären, die darüber zu entscheiden hätten, welche Tarifordnung auf die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse Anwendung findet, ohne daß ihnen für diese Entscheidung entsprechende Unterlagen zur Verfügung ständen. Damit entstände aber für den Grenzbezirk der sich überschneidenden Tarifordnungen ein unerträgliches Moment der Ungewißheit. Es ist daher anzunehmen, daß die Tarifordnung des an sich zuständigen Treuhänders Anwendung findet, die Tarifordnung des nur ausnahmsweise zuständigen Treuhänders aber insoweit unwirksam ist [46]). Es macht daher keinen Unterschied, ob bei Er-

---

44) Hueck-Nipperdey, Komm. 32 Anm. 231, 3 c S. 353.
45) Mansfeld, Komm. S. 374, 10 f V.
46) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 231, 3c, zu § 32 S. 353.

laß der übergreifenden Tarifordnung bereits in diesem Grenzgebiet eine Tarifordnung des zuständigen Treuhänders erlassen ist oder ob sie erst nachträglich erlassen wird [47]).

§ 3.

Die Wirkung der verschiedenen Arten der Tarifnormen auf das Einzelarbeitsverhältnis.

A. Die Inhaltsnormen.

1. Begriff.

Unter Inhaltsnormen sind die Tarifnormen zu verstehen, die den Inhalt des Einzelarbeitsverhältnisses bestimmen. Sie sind das Kernstück, oft der einzige Gegenstand [48]). Was als Arbeitsbedingung anzusehen ist, richtet sich danach, ob die getroffene Bestimmung geeignet ist, den Einzelarbeitsvertrag zu bestimmen [49]).

Die Tarifordnung kann die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung regeln.

Sie kann Bestimmungen festsetzen über das Verhalten der Beschäftigten im Betriebe, die Art der Arbeitsleistung, Löhne, Urlaub und Kündigung.

Aber auch einseitige Verpflichtungen können als Inhaltsnormen in die Tarifordnung aufgenommen werden. Hierhin gehören Einrichtungen zur Gefahrlosstellung oder Erleichterung der Arbeit. Ebenso sind einseitige Beschränkungen des Unternehmers bei der Eingehung von Arbeitsverträgen, Gebote oder Verbote über die Zahl der in Betrieben zulässigen Einstellungen von Frauen, Kindern oder Lehrlingen, das Verbot der Beschäftigung ungelernter Arbeiter zu dieser Gruppe zu rechnen. Mansfeld ist anderer Ansicht. Die Festsetzung der Mindestbedingungen diene zur Regelung der Arbeitsverhältnisse. Darunter versteht er die Regelung der beiderseitigen Rechte und Pflichten des

---

47) A. A. Dersch, jedoch ohne Begründung (Anm. 7e zu § 32).
48) Dersch, Komm. S. 208 Anm. 6a zu § 32; Hueck-Nipperdey, Komm. S. 318 Anm. 98, 3 zu § 32.
49) Mansfeld, Komm. S. 364 Anm. 10 zu § 32.

Unternehmers und des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag. Der Inhalt der Tarifordnung sei eng begrenzt und abschließend geregelt [50]. Daher könne eine Tarifordnung niemals Bestimmungen treffen, durch die dem Unternehmer Leistungen gegenüber der gesamten Gefolgschaft, nicht aber zu Gunsten des einzelnen Gefolgsmannes auferlegt werden [51]. Derartige Bestimmungen würden in einer Tarifordnung Fremdkörper sein [52]. Allein der Umstand, daß die Regelung für alle Beschäftigten gleichmäßig geschehen ist, schließt das in der gleichen Richtung gehende Interesse des einzelnen nicht aus [53].

Es ist zwar richtig, daß der einzelne auf Grund seines Arbeitsvertrages keinen Erfüllungsanspruch auf Leistung an sich haben soll, da es sich um eine Verpflichtung des Unternehmers gegenüber der Gefolgschaft handelt. Doch kann der Beschäftigte bei Nichterfüllung mit seiner Arbeitsleistung zurückhalten, nach § 615 BGB den Lohn verlangen. Unter Umständen kann er fristlos kündigen und Schadensersatz aus Vertragsverletzung fordern [54]. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum einseitig verpflichtende Normen nicht in die Tarifordnung aufgenommen werden könnten.

a) Die Schiedsklausel.

Zu den Inhaltsnormen gehören auch Regeln über Schiedsklauseln für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das sich nach der Tarifordnung richtet.

Wenn die Arbeitsgerichtsbarkeit ausgeschlossen und durch Schiedsinstanzen verdrängt wird, so bedeutet das für die Einzelarbeitsvertragsparteien eine, wenn auch fernliegende Arbeitsbedingung: für ihr Arbeitsverhältnis gilt dann, daß Streitigkeiten darüber vor den Schiedsstellen anstatt vor dem staatlichen Arbeitsgericht auszutragen sind [55]. Die Schiedsklausel kann einen dreifachen Inhalt haben:

---

50) Mansfeld, Komm. Anm. 10 zu § 32, S. 364; Anm. 10a zu zu § 32, S. 367.
51) Ebenda.
52) Ebenda.
53) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 102d zu § 32, S. 320.
54) Ebenda, S. 320, Anm. 102d, zu § 32; Dersch, S. 210, Anm. 6a zu § 32.
55) Richter, JW 1934/1017.

1. Schiedsgerichtsklausel. Die Tarifordnung kann die Arbeitsgerichtsbarkeit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das sich nach ihr richtet, ausschließen (§ 91, S. 1 Arb.G.G. und § 32 A.O.G.). Sie bestimmt dann, daß die Entscheidung durch ein Schiedsgericht erfolgen soll.

2. Güteklausel. Die Tarifordnung kann für die gleichen Streitigkeiten ohne Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit ein das arbeitsgerichtliche Verfahren vorbereitendes Einigungsverfahren vor einer Gütestelle festsetzen.

3. Die Tarifordnung kann schließlich für die gleichen Streitigkeiten ohne Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit bestimmen, daß Tatfragen, die für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind, durch ein Schiedsgutachten entschieden werden sollen. Darunter fällt auch die tarifliche Charakterisierung, die Subsumtion einzelner Tatumstände unter tarifliche Rechtsbegriffe [56]).

b) Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

Endlich kann für die Streitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis, das der Tarifordnung untersteht, und aus Verhandlungen über die Eingehung eines solchen Verhältnisses der Treuhänder in der Tarifordnung die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Arbeitsgerichts bestimmen, um eine einheitliche Rechtsprechung über die betreffende Tarifordnung zu erzielen. (§ 66 Abs. 6 AOG. und § 48 II ArbGG.).

c) Arbeitszeitregelung.

Weiter sind die Arbeitszeitnormen als Inhaltsnormen anzusprechen. Nach § 8 I AZO kann die regelmäßige Arbeitszeit durch die tarifliche, gleichwohl aber

56) So Hueck-Nipperdey, Komm., Anm. 109 zu § 32, S. 322; Volkmar, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1929, S. 669; Ender, ebenda 1930, S. 455; RArbG. i. ArbRSamml. 11/70, 521; LAG Duisburg-Hamborn, Arbeitsrechtspr. 1930, S. 7. LAG Berlin, ebenda, 1931 S. 40.

gesetzliche Arbeitszeit im Rahmen des öffentlichen Arbeitszeitrechts ersetzt werden [57]).

Derartige Normen können nur den Sinn haben, daß — von der öffentlich-rechtlichen Wirkung der Arbeitszeitnormen abgesehen — eine arbeitsvertragliche Verpflichtung der Beschäftigten begründet wird, nach Maßgabe einer besonderen Anordnung des Unternehmers während der tariflichen Arbeitszeit Arbeit zu leisten. Davon ist sogar dann auszugehen, wenn in der Tarifordnung die Pflicht zur Leistung der Mehrarbeit nicht ausdrücklich festgelegt ist [58]). Das Gleiche gilt, wenn die Tarifordnung sich darauf beschränkt, lediglich die Höchstgrenze der Leistungsverpflichtung derart zu bestimmen, daß die Beschäftigten nicht verpflichtet sind, mehr als eine bestimmte, über das gesetzliche Maß hinausgehende Stundenzahl Arbeit zu leisten. Andernfalls wäre die Aufnahme einer solchen Arbeitsnorm in die Tarifordnung „müßig" [59]). Die Arbeitszeitnorm stellt sich insoweit als Inhaltsnorm dar. Daß sie auch noch öffentlich-rechtliche Wirkung hat (vgl. S. 56), kann sie ihres Gepräges als Inhaltsnorm nicht entkleiden [60]).

2. Die Unabdingbarkeit der Inhaltsnorm.

a) die unmittelbare Wirkung.

Die Tarifordnung wirkt als Rechtsverordnung unmittelbar und zwingend auf die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse ein und ist damit unabdingbar [61]).

57) Der Treuhänder ist durch die zwingenden Bestimmungen der AZO gebunden, insbesondere durch die Höchstgrenze der 16stündigen Wechselschicht des § 12 AZO, durch die Höchstgrenze des § 13 AZO, und die absoluten Beschäftigungsverbote, Höchstarbeitszeitbestimmungen, Ruhebestimmungen und Pausenbestimmungen des 2. Abschnitts der AZO, durch die Bestimmungen über den erhöhten Schutz bei gesundheitsgefährlichen Betrieben und für Kinder, Jugendliche und Frauen.

58) Erdmann-Meissinger, Komm. zur AZO, S. 228.

59) Ebenda.

60) A. A. freilich Dersch (Komm. AOG § 32 Anm. 6a S. 209). Nach seiner Meinung verschieben die Arbeitszeitnormen nur den Rahmen der zulässigen Höchstarbeitszeit nach oben. Wenn diese Voraussetzung richtig wäre, könnte allerdings von Inhaltsnormen nicht die Rede sein, denn in diesem Fall würden die Arbeitszeitnormen nur mittelbar auf das Arbeitsverhältnis einwirken.

61) Ebenso Nipperdey Komm. § 32 Anm. 176, 4 S. 340; Mansfeld, Komm. § 32 Anm. 11b S. 376. Während wir somit die

α) Wesen der unmittelbaren Einwirkung.

Zunächst folgt aus der Rechtsverbindlichkeit ihrer Bestimmungen, daß die Tarifordnung unmittelbar auf die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse einwirkt. Das bedeutet, daß die Rechtsfolgen sofort auf den Tatbestand hin eintreten. Diese Wirkung besteht auch dann, wenn die Beteiligten der von der Tarifordnung erfaßten Einzelarbeitsverträge selbst keine Kenntnis von den Bestimmungen haben. Einer Willenseinigung der Parteien bedarf es dazu nicht, noch braucht eine solche fingiert zu werden. Entscheidend ist nur, daß ein Arbeitsvertrag zwischen den der Tarifordnung Unterworfenen besteht oder abgeschlossen wird.

Die Bestimmungen der Tarifordnung sind also für die Parteien rechtsverbindlich; sie wirken unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse ein. Bereits unter der Herrschaft des früheren Rechts war aber das Wesen der unmittelbaren Einwirkung lebhaft umstritten. Unter Berufung auf den Wortlaut des § 1 TarVO „an die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages", nahm eine weitverbreitete, auch vom Reichsarbeitsgericht [62]) geteilte Meinung an, daß die Normen Inhalt der Arbeitsverträge werden und als vereinbart gelten.

Insbesondere mit Rücksicht auf die „Kontinuität der Rechtsentwicklung" vertritt Herschel [63]) die Ansicht, daß die Normen einer Tarifordnung im Konfliktsfalle in das Arbeitsverhältnis eingehen. Das neue Recht — so führt er aus — sei revolutionär, aber — und das sei einer seiner wesentlichsten Vorzüge — sei trotzdem nicht ungeschichtlich. Es stürme kühn vorwärts, aber es tue nicht so, als wenn die früheren Epochen des Arbeitsrechts überhaupt nicht bestanden hätten. Und wie so unser Gesetz ungeachtet seines revolutionären Schwungs die gesunden Bausteine der Vergangenheit

---

Verbindung der unmittelbaren Wirkung mit der zwingenden Wirkung Unabdingbarkeit nennen, versteht Richter (JW 1934/1016) offenbar unter „unabdingbar" lediglich „zwingend", wie seinen Ausführungen („sie — die Bestimmungen der TO — wirken nicht nur unmittelbar von Rechts wegen, sie wirken auch unabdingbar") zu entnehmen ist. Sachlich bedeutet es jedoch keinen Unterschied, ob die unmittelbare Wirkung als unter den Begriff Unabdingbarkeit fallend erachtet oder ob sie als Voraussetzung der Unabdingbarkeit angesehen wird.

62) RArbG i. ArbRSamml. 14/460, 15/641.

63) Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 67.

in den Neubau miteingeführt habe, so werde die Wissenschaft nach genauer Prüfung die früher gemachte Erfahrung für die geistige Durchdringung des Neuen mitverwerten. Es spreche nicht das mindeste dafür, daß der Gesetzgeber die Unmittelbarkeitswirkung nicht mit habe übernehmen wollen.

Die Ansicht Herschels ist jedoch abzulehnen. Von entscheidender Bedeutung ist der Unterschied zwischen Tarifvertrag und Tarifordnung. Die Tarifordnung ist eine Rechtsverordnung, also Gesetzesrecht [64]. Rechtssätze wirken, wenn es sich um zwingende Rechtssätze handelt, stets ohne weiteres, also automatisch. Ebenso wie die negativen zwingenden gesetzlichen Vorschriften zwingend vernichtende Rechtsnormen sind, und die positiv zwingenden Bestimmungen der Gesetze anerkanntermaßen nicht etwa Inhalt der Parteiabmachungen werden, sondern die Vertragsverhältnisse unmittelbar beherrschen und die entgegenstehenden Abreden verdrängen, so gilt das Gleiche auch von den Tarifnormen: sie werden nicht Inhalt der Arbeitsverhältnisse [65]).

Sie bleiben vielmehr in der Ebene des Gesetzesrechts. Sobald die Tarifnormen in eine Vereinbarung eingingen, würden sie die Gesetzesebene verlassen und würden somit die Einzelarbeitsverhältnisse nicht mehr beherrschen können.

Mit Rücksicht hierauf ist jedenfalls die gegenteilige Ansicht [66]), daß die Bestimmungen der Tarifordnungen durch die automatische Normenwirkung zum Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages werden, also in den Einzelarbeitsvertrag eingehen, abzulehnen.

Dem steht jedoch nicht entgegen, daß die auf die Tarifnormen gestützten privatrechtlichen (Erfüllungs-, Schadensersatz-) Ansprüche des einzelnen Unternehmers und Beschäftigten aus dem Einzelarbeitsvertrag hergeleitet werden. Auch das ist keine Besonderheit gegenüber dem sonstigen Gesetzesrecht. So ist der auf § 618 BGB gestützte Anspruch ein Anspruch aus Vertragsverletzung, ohne daß etwa der Inhalt des § 618 BGB

---

64) Richter, JW 1934/1013; Oppermann, JW 1934/603.
65) Abweichend: Dersch, Komm. S. 219; wie hier Mansfeld, Komm. S. 376 Anm. 11 b; vgl. Richter, JW 1934 S. 1016.
66) Vertreten von Dersch, Komm. S. 218; Potthoff, Soziale Praxis, 1934, Sp. 1460.

Inhalt des Arbeitsvertrages ist. Die Ansprüche auf Wandlung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind Vertragsansprüche, ohne daß die §§ 459 ff BGB über die Mängelhaftung Inhalt des Kaufvertrages werden.

β) Keine Nachwirkung.

αα Daß die Inhaltsnormen nicht in das Einzelarbeitsverhältnis eingehen, ist von entscheidender Bedeutung für die Frage der Nachwirkung. Die Nachwirkung der Tarifordnung ist abzulehnen. Das ist unbestritten, sofern der Treuhänder die Tarifordnung durch eine andere ersetzt. Tarifordnungen als Rechtsverordnungen ergreifen alle ihr unterliegenden Einzelarbeitsverhältnisse [67]. Nach der Aufhebung einer Tarifordnung sind die Bestimmungen der neu erlassenen Tarifordnung als Mindestbedingungen rechtsverbindlich, und vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens erfaßt sie ohne weiteres alle Arbeitsverhältnisse ihres Geltungsbereiches. Das ist auch dann der Fall, wenn die neue Tarifordnung über eine Frage, die die aufgehobene Tarifordnung geregelt hat, keine Bestimmungen getroffen hat. Da die Normen der Tarifordnung nicht in den Einzelarbeitsvertrag eingehen, so sind auch dem Beschäftigten günstigere Arbeitsbedingungen der durch den Erlaß der neuen Tarifordnung aufgehobenen Tarifordnung nicht in den Einzelarbeitsvertrag eingegangen und können daher auch nicht fortgelten.

Streitig ist jedoch die Nachwirkung, soweit der Treuhänder eine Tarifordnung ersatzlos aufgehoben hat. Herschel [68], Potthoff [69], Dersch [70] vertreten die Ansicht, daß der Einzelarbeitsvertrag die Form, die er durch die Tarifordnung erhalten habe, so lange beibehalten müsse, bis er durch eine Betriebsordnung oder Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeändert werde, da die Bestimmungen der Tarifordnung auf Grund ihrer automatischen Normenwirkung Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages würden. Dieser rechtliche Gesichtspunkt kann jedoch nicht durch-

---

67) Richter, JW 1934/1016; Dersch, Komm. S. 218; Mansfeld, Komm. § 32 Anm. 11 b S. 376; aber auch wohl Herschel, Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 67; Nikisch, S. 60.
68) Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 63.
69) Soziale Praxis, 1934, Sp. 1460.
70) Komm. S. 218.

schlagen, da ein Eingehen der Tarifnormen in den Arbeitsvertrag abzulehnen ist (vgl. S. 29 ff).

Auch Richter [71]) bejaht, jedoch aus anderen Gründen, die Nachwirkung. Er konstruiert die Nachwirkung unmittelbar aus dem Rechtssatz. Jeder Rechtssatz erfasse, so führt er aus, die Lebensverhältnisse seines zeitlichen Geltungsbereichs. Da diese Lebensverhältnisse eine rechtliche Gestalt haben müßten, solange sie bestehen, beharrten sie in der einmal angenommenen Gestalt bis zu ihrer Änderung. Der bloße ersatzlose Wegfall bedeute noch keine Gestaltsveränderung der Lebensverhältnisse.

Würden aber die Lebensverhältnisse — genauer: Einzelarbeitsverhältnisse, denn die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten beschränken sich auf die Regelung der Arbeitsverhältnisse — entsprechend den Normen der aufgehobenen Tarifordnung eine feste, die Tarifordnung überdauernde Gestalt annehmen, so könnte das nur die Bedeutung haben, daß der Inhalt dieser Normen auch Bestandteil der Einzelarbeitsverträge geworden ist. Es kann daher nicht zugegeben werden, daß die Einzelarbeitsverträge entsprechend den Normen einer Tarifordnung ihre Gestalt verändern. Denn die Veränderung der Gestalt der Einzelarbeitsverträge könnte nur dadurch geschehen, daß die Tarifnormen in die Einzelarbeitsverträge eingehen. Daß aber die Tarifnormen nicht in den Arbeitsvertrag eingehen können, hat Richter selbst betont.

ββ Auch die Grundsätze des Artikels 170 und 171 EG.BGB können zur Begründung der Nachwirkung nicht herangezogen werden. Artikel 170 EG.BGB bestimmt, daß für die Schuldverhältnisse, die schon im alten Recht entstanden waren, dieses Recht für sie auch fernerhin bestimmend sein sollte. Die Rückwirkung des BGB war damit ausgeschlossen. Der Gesetzgeber wollte, wie sich aus den Motiven zum EG.BGB [72]) ergibt, auf den Willen der Parteien Rücksicht nehmen. Von dieser Regelung wurden nur die Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse, die regelmäßig eine längere Dauer haben, ausgenommen, um möglichst bald eine einheitliche Regelung zu schaffen. Deshalb wurde die

---

71) JW 1934, S. 1017.
72) S. 255—257.

erste Kündigungsmöglichkeit gewählt, von der ab die neue Regelung gelten sollte. Voraussetzung dafür, daß die Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse sich nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nach dessen Vorschriften bestimmen, war aber, daß das Verhältnis nicht gekündigt wurde.

Eine entsprechende Anwendung des Art. 170 EG. BGB kann um deswillen nicht in Frage stehen, weil der Einzelarbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis im Sinne des Art. 171 EG.BGB ist. Aber auch eine entsprechende Anwendung des Art. 171 kann im Falle des ersatzlosen Wegfalls einer Tarifordnung nicht Platz greifen. Denn Art. 171 gilt für den Fall des Wechsels von Gesetzen, die von zeitlich unbegrenzter Dauer sind. Demgegenüber ist aber die Tarifordnung eine Rechtsquelle von zeitlich begrenzter Wirkung. Auf solche temporäre ersatzlos aufgehobene gesetzliche Bestimmungen kann aber eine entsprechende Anwendung des Art. 171 EG.BGB nicht für zulässig erachtet werden [73].

γγ) Kein Bedürfnis für eine Nachwirkung.

Die Tarifordnung soll die Arbeitsverhältnisse der der Tarifordnung unterworfenen Betriebe nur für eine beschränkte Zeit regeln, da sie nur im Falle eines Bedürfnisses erlassen werden soll. Sobald sie nicht mehr erforderlich ist, ist sie aufzuheben. Die Beteiligten müssen daher jederzeit mit der Aufhebung der Tarifordnung rechnen. Wird die Tarifordnung aufgehoben, haben aber Arbeitgeber und Beschäftigte die arbeitsvertraglichen Beziehungen nicht ausdrücklich in einem Vertrage geregelt, so sollen, wie die Verfechter der Nachwirkungslehre annehmen, bei Ablehnung der Nachwirkung Lücken entstehen. So bejaht insbesondere Rich-

---

73) Andernfalls würde damit auch bei dem Ersatz einer Tarifordnung durch eine andere die Nachwirkung bejaht werden; bis zu dem Zeitpunkt, wo das Arbeitsverhältnis nach den bisherigen Bestimmungen gekündigt werden könnte, würde die Nachwirkung der alten Tarifordnung zu einem Widerspruch mit der neuen Tarifordnung führen. Daß dies aber rechtlich nicht möglich sein kann, ist bereits oben dargetan (vgl. S. 31) und tatsächlich stehen Richter (JW 1934/1016) und Dersch (§ 32 Anm. 11 S. 218), die die Nachwirkung bejahen, auf dem Standpunkt, daß nicht erst der Kündigungszeitpunkt abzuwarten sei, sondern daß die Arbeitsverhältnisse durch die neue Tarifordnung sofort erfaßt werden.

ter die Frage der Nachwirkung [74]. Wegen der Notwendigkeit, etwaige durch die Aufhebung der Tarifordnung entstehende Lücken zu verhindern. Er geht sogar davon aus, (mit Recht), daß nach dem Erlaß einer Tarifordnung die Einzelvertragsparteien es unterlassen werden, in den Einzelarbeitsverträgen das Arbeitsverhältnis vollständig zu regeln. Die somit durch die Aufhebung der Tarifordnung entstehenden Lücken könnten nicht nur schwierig wieder ausgefüllt werden, sondern müßten auch zu Willkürlichkeiten führen.

Abgesehen davon, daß trotz Aufhebung der Tarifordnung die Einzelarbeitsverträge an sich bestehen bleiben, kann keine Rede von einer Lücke sein, wenn auch die Arbeitsbedingungen der Einzelarbeitsverträge durch die Parteien mit Rücksicht auf die aufgehobene Tarifordnung nicht besonders geregelt oder wenn sie auf Grund der Einwirkung der Tarifordnung beseitigt worden sind. Regeln die Parteien nach Aufhebung der Tarifordnung ihre rechtlichen Beziehungen zueinander insoweit nicht, so finden eben die dispositiven gesetzlichen Vorschriften Anwendung, die ja gerade für den Fall aufgestellt sind, daß die Parteien selbst keine Regelung getroffen haben. Die lückenhafte Regelung in dem Einzelarbeitsvertrag bedeutet daher nicht ein Vakuum. So findet, wenn eine vertragliche Regelung über die Vergütung nicht getroffen ist, § 612 BGB Anwendung, wonach die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Im Zweifelsfalle entscheidet das Gericht gemäß § 315 BGB, was üblich ist.

Dies gilt aber nur, soweit die Parteien nach Aufhebung der Tarifordnung keine anderweite, auch stillschweigende Vereinbarung getroffen haben. Zahlen z. B. die Betriebsführer der der aufgehobenen Tarifordnung unterworfenen Betriebe die bisherigen Löhne weiter, so ist eine stillschweigende Vereinbarung darin zu erblicken. — Anderer Ansicht sind allerdings Mansfeld (§ 32 Anm. 11b S. 376) und Hueck-Nipperdey (AOG Anm. 170 Ziff. 4a S. 339). Nach ihrer Ansicht sollen die durch die Tarifordnung beseitigten Bedingungen nach der Aufhebung der Tarifordnung wieder aufleben.

Da aber die Tarifordnung nur erlassen wird, wenn der Erlaß zwingend geboten ist, so wird sie erst

74) JW 1934/1017.

dann aufgehoben, wenn den Beschäftigten gewährleistet ist, zu entsprechenden, ihrem Lebensunterhalt erforderlichen Arbeitsbedingungen arbeiten zu können. Der Treuhänder kann die Tarifordnung um so unbedenklicher aufheben, wenn er weiß, daß die früheren, als zu niedrig befundenen Löhne nicht wieder automatisch in Erscheinung treten.

Nipperdey [75]) hält dem zwar entgegen, daß nach Aufhebung der Tarifordnung der Schutz der Beschäftigten nicht mehr erforderlich sei. Leben aber die früheren Einzelarbeitsbestimmungen (insbesondere über die Höhe der Löhne), die den Treuhänder zum Eingreifen nötigten, wieder auf, so stände der Treuhänder derselben Sachlage gegenüber, die ihm zum Erlaß der aufgehobenen Tarifordnung Veranlassung gab, und er müßte eine neue Tarifordnung erlassen.

Entgegen der Ansicht Nipperdeys macht Mansfeld [76]) eine Einschränkung: In der Regel gelte mit der Einstellung der Inhalt der Tarifordnung als Inhalt des Einzelvertrages vereinbart. Allein in dieser allgemeinen Form kann die von Mansfeld vertretene Ansicht als richtig nicht anerkannt werden. Sie ist nur dann richtig, wenn die Einzelvertragsparteien ausdrücklich die Tarifnormen als Inhalt des Arbeitsvertrages vereinbart haben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Einstellung des Arbeitnehmers vor Erlaß der Tarifordnung oder später erfolgt ist. Denn auch sonst sind die Vertragsparteien nicht gehindert, Gesetzesvorschriften als Vertragsinhalt ausdrücklich zu vereinbaren [77]).

Die Einzelvertragsparteien können andere, für den Beschäftigten günstigere Bedingungen vereinbaren. Damit ist der Aktivität des Betriebsführers vor der Normensetzung durch den Treuhänder der Vorrang gegeben, allerdings im Rahmen der durch die Tarifordnung gezogenen Grenzen. Wenn die Einzelvertragsparteien lediglich den Inhalt der Tarifnormen ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufnehmen, so entspricht dies dem Zweck und Geist des neuen Arbeitsrechts, insbesondere der Tarifordnung, da auf diese Weise auch die ausdrücklich im Einzelarbeitsvertrag aufgenommene Bestimmung der Tarifordnung gegen-

---

75) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 242 Ziff. 5, S. 355.
76) Komm. Anm. 11b zu § 32 S. 376.
77) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. (4a) 170 S. 339.

über Verschlechterungen der tariflichen Arbeitsbedingung entsprechend dem Günstigkeitsprinzip sichergestellt werden kann [78]).

Anders ist jedoch die Rechtslage zu beurteilen, soweit Mansfeld etwa den Inhalt der Tarifnormen stillschweigend als Inhalt des Einzelarbeitsvertrages vereinbart gelten lassen will. Da die Tarifnormen zwingendes Recht sind, gelten sie ohne Rücksicht auf den Willen der Vertragsparteien. Es bietet sich also kein Anhaltspunkt dafür, daß die Parteien stillschweigend die Tarifnormen als Vertragsinhalt haben vereinbaren wollen. Eine solche Annahme würde sogar dem Wesen des objektiven Rechts widersprechen [79]).

b) Die zwingende Wirkung.

α) Die Nichtigkeit entgegenstehender Einzelarbeitsvertragsbestimmungen, durch die der Beschäftigte schlechter gestellt würde.

Das AOG kennt nicht nur die unmittelbare Wirkung, sondern hat die Inhaltsnormen mit zwingender Wirkung ausgestattet. Hätte sich das AOG darauf beschränkt, die Inhaltsnormen lediglich unmittelbar wirken zu lassen, so hätten sie die Wirkung eines vertragsergänzenden, dispositiven Rechtssatzes. Es bestände daher die Möglichkeit des Wegbedingens, des Wegvereinbarens. Damit hat sich das AOG aber nicht begnügt [80]).

Nach § 32 AOG sind die Bestimmungen der Tarifordnungen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich.

Aus dem Wort „Mindestbedingungen" ist zu entnehmen, daß die Inhaltsnormen nicht durch Vereinbarung der Einzelvertragsparteien abgeändert werden können [81]).

---

78) Nikisch, S. 60.
79) Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 4a, S. 339, der in der von Mansfeld gemachten Einschränkung mit Recht eine Abschwächung der Ablehnung der Nachwirkung erblicken will. Denn, wenn die Einzelvertragsparteien in der Regel den Inhalt der Tarifnormen als Inhalt des Einzelarbeitsvertrages vereinbaren, so wird regelmäßig die gleiche Wirkung erreicht, als wenn die Nachwirkung bejaht würde.
80) Richter, JW. 1934/1016.
81) Ebenda.

Das folgt auch aus § 32 II in Verbindung mit § 29 AOG, der zwar weniger die Wirkung der erlassenen als die Gestaltung der zu schaffenden Tarifordnung im Auge hat. Danach sind, soweit in der Tarifordnung das Arbeitsentgelt für Arbeiter oder Angestellte festgesetzt wird, Mindestsätze mit der Maßgabe aufzunehmen, daß für die seinen Leistungen entsprechende Vergütung des einzelnen Betriebsangehörigen Raum bleibt; im übrigen ist auch auf die Möglichkeit einer angemessenen Belohnung besonderer Leistungen Bedacht zu nehmen. Diese für die Entlohnung ausdrücklich getroffene Regelung hat auch für die übrigen Arbeitsbedingungen zu gelten. Die Arbeitsbedingungen sind Mindestbedingungen, jedoch nicht für den Unternehmer, sondern für den Beschäftigten, wie sich aus den Worten „zum Schutze der Beschäftigten" in § 32 II AOG ergibt.

Arbeitsvertragliche Abmachungen verstoßen daher gegen die Mindestbedingungen, wenn der Beschäftigte durch sie schlechter gestellt wird, und sind insoweit unwirksam.

Rein negative Tarifnormen, die lediglich ein Verbot aufstellen [82]), äußern nur die zwingende Wirkung: die tarifwidrige Abrede ist unwirksam.

Bei den Normen aber, die selbst die Anordnung enthalten (positive Tarifnormen), tritt die Verbindung von zwingender und unmittelbarer Wirkung ein: die tarifordnungswidrigen Bedingungen des Einzelarbeitsvertrages werden verdrängt, soweit der Beschäftigte durch sie schlechter gestellt ist; dafür sind die Tarifbedingungen maßgebend.

Die unabdingbaren positiven Tarifnormen gehören daher ihrem Rechtscharakter nach insoweit dem positiven zwingenden Privatrecht an [83]).

β) Können in die Tarifordnung dispositive Normen aufgenommen werden?

Mansfeld vertritt allerdings die Auffassung, daß der Treuhänder selbst den Bestimmungen der Tarifordnung auch dispositiven Charakter beilegen könne, so

82) RArbG i. ArbRSamml. 5/427, 13/69.
83) vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I § 45 IV 2, RArbG. i. ArbR-Samml. 1277, 395.

daß diese Bestimmungen nur Anwendung finden würden, wenn die Beteiligten in dem Einzelarbeitsvertrag — wenn auch nur stillschweigend — eine abweichende, selbst ungünstigere Regelung nicht getroffen haben. Er begründet seine Ansicht damit, daß, wenn der Treuhänder zwingende Vorschriften erlassen könnte, ihm auch das mindere Recht zustehen müsse, dispositive Normen zu erlassen [84]).

Allerdings sollen die Normen nur dann dispositiven Charakter haben, wenn es in der Tarifordnung klar und eindeutig festgelegt sei, andernfalls müsse davon ausgegangen werden, daß die Bestimmungen in der Tarifordnung nicht durch den Einzelarbeitsvertrag zu Ungunsten eines Gefolgsmannes wegen der Unabdingbarkeit rechtswirksam abgeändert werden könnten.

Allein die Wirkung der Rechtsnormen der Tarifordnung wurde vom Gesetzgeber durch § 32 II 2 AOG zwingend gestaltet. Als nachgeordnete Rechtsquelle wurde der Treuhänder nur ermächtigt, zwingende Normen zu erlassen. Mit der Anordnung von dispositiven Bestimmungen überschreitet der Treuhänder aber seine gesetzliche Ermächtigung. Es ist davon auszugehen, daß eine Tarifordnung nur erlassen werden kann, wenn es zum Schutze der Beschäftigten zwingend geboten ist. Dann kann aber auch die Wirkung nur zwingend gestaltet werden. Sonst verliert die Tarifordnung ihren Sinn und Zweck, wenn der Treuhänder dieses Prinzip aufheben könnte [85]). Die Aufstellung der Mindestbedingungen würde durchlöchert, wenn die Beteiligten doch schlechtere Bedingungen vereinbaren könnten.

Die Änderung gegenüber dem früheren Recht ist aber auch am Platze. Insbesondere fehlt auch ein wirtschaftliches Bedürfnis, dispositive Normen zuzulassen. Sind nämlich z. B. die Tariflöhne für einen Betrieb nicht tragbar, so kann der Treuhänder jederzeit diesen Betrieb aus dem Bereich der Tarifordnung herausnehmen oder die Tarifordnung ganz aufheben.

Es ist daher gerechtfertigt, an der zwingenden Wirkung der Normen grundsätzlich festzuhalten.

Nimmt ein Treuhänder trotzdem dispositive Normen in die Tarifordnung auf, so wird die Tarifordnung

---

84) Mansfeld, Komm. A 11 d zu § 32 S. 377.

85) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 202 zu § 32.

deshalb nicht ungültig, sondern die Rechtsfolgen des § 32 II 2 AOG, also auch die zwingende Wirkung, treten ein [86]). Infolgedessen sind Vereinbarungen im Einzelarbeitsvertrage der Beschäftigten ohne rechtliche Wirkung [87]).

Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen kann die Zulassung abweichender Einzelvertragsbestimmungen angenommen werden. Der Treuhänder kann, wie wir oben gesehen haben, den persönlichen Geltungsbereich der Tarifordnung begrenzen; zum Beispiel kann er Minderleistungsfähige von der tariflichen Regelung ausnehmen [88]).

Dann ist es aber auch zulässig, daß der Treuhänder für verschiedene Gruppen von Beschäftigten Tarifnormen mit unmittelbarer Wirkung erläßt, diese Beschäftigten vom persönlichen Geltungsbereich aber ausnimmt, wenn eine abweichende arbeitsvertragliche Vereinbarung getroffen wird. Allerdings muß eine solche Zulassung an ganz konkrete Voraussetzungen, z. B. Zustimmung des Treuhänders oder Beratung im Vertrauensrat [89]), abhängig gemacht werden. Unter diesen Umständen kann in der Tarifordnung die Vereinbarung einer untertariflichen Entlohnung für die Arbeit generell minderleistungsfähiger Beschäftigter zugelassen werden. Die Zulassung dieser Ausnahmen gilt aber nur dann, wenn der Minderleistungsfähige objektiv auf seinem Arbeitsplatz nicht voll arbeitsfähig ist. Andernfalls könnte sie zur Umgehung der Unabdingbarkeit benutzt werden.

Wird nun der persönliche Geltungsbereich durch die Tarifordnung derart eingeschränkt, daß die zwingende Wirkung der Tarifnormen unter der Voraussetzung der Zustimmung des Treuhänders oder der Beratung im Vertrauensrat entfallen soll, so enthalten die Arbeitsbedingungen der Tarifordnung für die betreffenden Beschäftigten dispositives Recht. Demzufolge tritt die unmittelbare Einwirkung der Arbeitsbe-

---

86) Die zwingende Wirkung tritt nur dann nicht ein, wenn die Aufnahme von dispositiven Normen in die Tarifordnung ausnahmsweise als zulässig zu erachten ist.
87) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 202 XVII Ziff. 1 S. 346.
88) Beispiele: RArbBl. 1934 VI, S. 34 Ziff. 2, S. 36 § 3, S. 104 § 7, 126 § 4.
89) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 203 zu § 32 S. 347; Dersch, Komm. S. 218; A. A. Mansfeld, Komm. S. 277 Anm. 11 d.

dingungen insoweit nicht ein, als die einzelnen Vertragsparteien vor Inkrafttreten der Tarifordnung arbeitsvertragliche Abmachungen getroffen haben, die der Tarifordnung widersprechen, aber durch die Zulassung gedeckt sind. Nur dann tritt die unmittelbare Wirkung der Arbeitsbedingungen ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien ein, wenn sie keine abweichende Regelung getroffen haben. Jedoch wird die Einwirkung durch Gebrauch der gewährten Vertragsfreiheit beseitigt. Ist ein Vertragsteil aber zu der anderweitigen Regelung nicht bereit, so muß erst gekündigt werden. Daß mit der Kündigung ein Angebot unter den zulässigen Abweichungen verbunden werden kann, ist rechtlich nicht zu bezweifeln. Ist aber in der Tarifordnung einer Partei (meist dem Unternehmer) das Recht zugestanden worden, einseitig den Arbeitdsvertrag zu ändern, so ist eine Kündigung nicht erforderlich. Werden die an sich zulässigen, aber der Tarifordnung widersprechenden Einzelabreden wieder aufgehoben, so finden die Tarifbestimmungen sofort wieder Anwendung. Die in die Tarifordnung aufgenommenen Inhaltsnormen haben somit grundsätzlich zwingenden Charakter, soweit der Beschäftigte durch die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrags schlechter gestellt ist.

γ) Günstigere Bedingungen im Einzelarbeitsvertrag bleiben unberührt.

Arbeitsbedingungen sind mit den Normen einer Tarifordnung vereinbar, wenn sie für den Beschäftigten günstiger sind. Ob eine Änderung der tariflichen Arbeitsbedingungen den Beschäftigten begünstigt, kann nur durch einen Vergleich zwischen Tarifordnung und Einzelarbeitsvertrag festgestellt werden.

Hierbei ist nicht das Interesse der Gesamtarbeiterschaft, sondern das Wohl des einzelnen Beschäftigten von ausschlaggebender Bedeutung, was jedoch unter Anlegung eines objektiven Maßstabes zu beurteilen ist.

Wird durch die Tarifordnung zwischen den einzelnen Arbeitsschichten oder in der Woche eine bestimmte Freizeit eingelegt, so kann diese nicht dadurch abgegolten werden, daß unter dem Gesichtspunkt des Günstigkeitsprinzips geldliche Vorteile gewährt werden [90]).

---

90) Erdmann-Meissinger, S. 223.

Denn durch die Freistellung von der Arbeit soll eine Erholung ermöglicht und auf diesem Wege zur Erhaltung der Gesundheit und der Arbeitskraft beigetragen werden [91]).

Ebenso ist eine Erhöhung der Arbeitszeit nach dem Grundgedanken des Arbeitszeitschutzes, der auch für die Tarifordnung Geltung hat, immer eine Schlechterstellung des Beschäftigten [92]). Setzt also der Treuhänder in der Tarifordnung die Arbeitszeit auf 50 Stunden in der Woche fest, so ist eine weitere Erhöhung der Arbeitszeit durch Einzelarbeitsvertrag als Verstoß gegen die Unabdingbarkeit der Arbeitszeitnorm anzusehen, auch wenn sie mit einer Lohnerhöhung erkauft werden soll [93]).

Auch im übrigen sind tarifwidrige, arbeitsvertragliche Abmachungen nichtig, wenn sie den Arbeitnehmer nicht nur Vorteile, sondern auch Nachteile bringen.

Werden in einer Tarifordnung Kündigungsfristen für die Arbeitsverträge festgesetzt, so begünstigt eine beiderseitige Verkürzung der Frist den Kündigenden, während der gekündigte Beschäftigte benachteiligt wird. Eine solche Regelung ist regelmäßig nicht als dem Beschäftigten günstiger anzusehen, und daher unzulässig.

Das gleiche gilt, wenn die Kündigungsfrist durch Einzelarbeitsvertrag verlängert wird. Denn durch die Verlängerung wird der gekündigte Beschäftigte begünstigt und der Kündigende benachteiligt.

Eine solche Regelung bedeutet für den Beschäftigten deshalb eine Begünstigung, weil ihm nur unter Einhaltung der längeren Frist gekündigt werden kann. Er ist aber durch die Vereinbarung benachteiligt, wenn er selbst kündigen will. Der stärkere Schutz des Beschäftigten durch die längere Kündigungsfrist wird durch die längere Gebundenheit aufgehoben. Ausnahmsweise kann allerdings eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein, wenn eine Kündigung seitens des Angestellten nicht zu erwarten ist (z. B. wegen seiner dienstlichen Stellung oder seines Lebensalters) [94]). Dann ist

91) RArbG i. ArbRSamml. 7/32.
92) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 199c.
93) Vgl. Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 199; Erdmann-Meissinger, S. 223. — Anders ist die Rechtslage, wenn etwa in der Tarifordnung auf die gesetzliche Arbeitszeitregelung Bezug genommen wird. Vgl. S. 63f.
94) RArbG. i. ArbRSamml. 2/191; Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 201e zu § 32.

die Verlängerung der Kündigungsfrist für den Beschäftigten günstiger.

Daß aber die anderweite Festsetzung der Kündigungsfristen lediglich insoweit wirksam bleiben könne, als sie den Beschäftigten günstiger stellt, ist mit Rücksicht darauf abzulehnen, daß für beide Teile die Regelung der Kündigungsfristen eine Einheit bildet, die nicht willkürlich auseinandergerissen werden kann [95]).

d) Keine Anwendung des § 139 BGB.

Im Falle der Nichtigkeit einer Einzelarbeitsvertragsbestimmung infolge der Einwirkung der Tarifordnung bleibt die übrige Regelung des Arbeitsvertrages gültig, denn die Bestimmung des § 139 BGB findet grundsätzlich keine Anwendung. Die Vertragsparteien können nicht einwenden, sie hätten den Arbeitsvertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen [96]).

3. Die Vereinbarkeit der Unabdingbarkeit mit dem Tariflohnverzicht und der Verwirkung.

a) Die Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts ergibt sich

aa) während der Dauer des Arbeitsverhältnisses

α) auf Grund der Auslegung des Wortlauts des § 32 II AOG.

Nach dem Wortlaut des § 32 II 2 AOG ist der Erlaßvertrag über tarifliche Ansprüche nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Die unmittelbare und zwingende Wirkung der Tarifnormen schließt jedoch nicht nur die im Arbeitsvertrag getroffenen tarifwidrigen Abreden aus, sondern macht regelmäßig auch die während der Dauer des Arbeitsverhältnisses abgeschlossenen Erlaßverträge über fällige, tariflich begründete Ansprüche unwirksam.

Die gegenteilige Ansicht, die Wirkung der Tarifordnung bestehe nur darin, daß der Einzelarbeitsvertrag, nicht aber die Ansprüche aus dem Einzelarbeitsvertrag, zwingend beeinflußt werden, ist abzulehnen.

---

95) Vgl. Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 201 e.
96) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 173 zu § 32 XIII S. 340; RArbG. i. ArbRSamml. 12/395.

Unter „Mindestbedingungen des Arbeitsverhältnisses“ könnten, so führt insbesondere Hagemann [97]) aus, nach Sprachgebrauch und Wortlaut nur die Grundlagen des Arbeitsvertrages verstanden werden, die die Entstehung des Anspruches bedingen. Keinesfalls aber seien diese Bedingungen dasselbe wie die fälligen Lohnansprüche. Ohne die Leistung des Beschäftigten entständen keine Lohnansprüche. Vertragsbedingungen und verdiente Lohnansprüche lägen daher in verschiedenen Ebenen und verhielten sich fast wie Ursachen und Wirkung. Deshalb vermöge die Unabdingbarkeit der ersteren aus ihrem Wesen heraus nicht ohne weiteres die Unabdingbarkeit des fälligen Lohnanspruches selbst zur Folge zu haben.

Allein eine solche Auslegung wäre nur geboten, wenn in § 32 AOG nicht von Vertragsverhältnissen, sondern von Arbeitsverträgen die Rede wäre. § 32 bestimmt nicht, daß nur tarifwidrige Arbeitsverträge unzulässig sind, sondern daß die Rechtsverbindlichkeit für die von der Tarifordnung erfaßten Arbeitsverhältnisse gilt. Das bedeutet aber, daß alle entgegenstehenden, den Arbeitnehmer benachteiligenden Vereinbarungen, deren Rechtsgrund ein arbeitsrechtlicher ist, unzulässig sind. Die Rechtsverbindlichkeit der Tarifordnung für die erfaßten Arbeitsverhältnisse beschränkt sich daher keineswegs nur auf den Inhalt der Arbeitsverhältnisse („die Grundlagen des Vertrages“), sondern erfaßt die gesamten rechtlichen Beziehungen [98]).

Daher ruht der arbeitsrechtliche Anspruch aus der Tarifordnung, und zwar auch der einzelne Lohnanspruch, jetzt auf staatlichem Rechtssatz [99]). Von Staats wegen sind alle diese Ansprüche als Mindestmaß rechtsverbindlich. Es kann deshalb nicht zugelassen werden, daß der Anspruchsberechtigte dem anderen Teile seine Verpflichtung erläßt [100]).

---

97) Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 43.

98) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 211 α zu § 32 S. 349; ebenso Richter, JW 1934/1016, der ausführt, daß die Mindestbedingungen nicht nur für das Arbeitsverhältnis als Ganzes, sondern auch für seine Abwicklung bis in die Einzelheiten hinein rechtsverbindlich sind.

99) Dänzer-Vanotti: Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 253.

100) Richter, JW. 1934/1016; a. A. wohl Dänzer-Vanotti, a. a. O., S. 253.

β) aus dem Zweck der Tarifordnung.

Auch die Art und die Aufgabe der Tarifordnung zwingt zu dieser Auslegung des § 32 II AOG [101]). Die Tarifordnung ist ein soziales Schutzgesetz. Der Staat will zwischen den in jeder Volkswirtschaft auftretenden Interessengegensätzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Ausgleich schaffen, jedoch nur, wenn es erforderlich erscheint. Denn nach § 32 AOG wird die Tarifordnung nur erlassen, wenn der Erlaß zwingend geboten ist. Damit würde aber in Widerspruch stehen, wenn nur die Entstehung, nicht aber die Durchführung des Anspruches gesichert werden sollte. Zur Erhaltung des Arbeitsfriedens will der Staat die Existenz des einzelnen sichern, weil es auch im Interesse des Staates liegt. Die Durchführung des Anspruches im öffentlichen Interesse bringt es daher mit sich, daß die freie Verfügungsbefugnis des einzelnen eingeschränkt wird [102]).

Aber nicht nur der einzelne Beschäftigte soll vor Ausbeutung geschützt werden, sondern auch die Gesamtheit der Beschäftigten einer Gruppe von Betrieben, wie dem Wortlaut des § 32 II AOG zu entnehmen ist [103]). Die Tarifnormen haben neben der Sicherung von individuellen Rechtsansprüchen auch eine bestimmte Ordnung der Arbeitsverhältnisse zum Ziele. Wenn die in § 32 AOG zum Erlaß einer Tarifordnung notwendigen Umstände vorliegen, soll die Beschäftigung unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Deswegen ist die Erfüllung der Voraussetzungen der individuellen Freiheit der Arbeitsvertragsparteien völlig entrückt. Ob der einzelne Arbeitnehmer den Tariflohn erhält, geht nicht nur ihn an, sondern auch die Gesamtheit der Beschäftigten der unter den Geltungsbereich der Tarifordnung fallenden Gruppe von Betrieben und damit auch den Staat, der durch den Treuhänder als seinem Organ die Tarifordnung erlassen hat. Das Ziel, die Beschäftigung unter gleichen Voraussetzungen zu gewährleisten, würde nicht erreicht, wenn der einzelne Arbeitnehmer durch Vertrag auf einen Teil seines Tariflohnes nachträglich verzichten könnte. Denn gegenüber solchen, untertariflich entlohnenden Betrieben wären die tariftreuen Be-

---

101) Grussendorf, Deutsche Justiz Nr. 26, 1935, S. 942.
102) Grussendorf, a. a. O., S. 942.
103) Vielhaber, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 200.

triebe im Nachteil. Mit Rücksicht auf die höheren Löhne wäre der tariftreue Unternehmer gezwungen, höhere Preise zu fordern und wäre daher nicht so konkurrenzfähig wie der Arbeitgeber, der untertariflich entlohnt. Die Folge wäre, daß er entweder auch darauf drängen müßte, geringere Löhne zu zahlen oder Beschäftigte zu entlassen.

Durch die Annahme des Antrags auf Verzicht eines Teils des Tariflohnes würden also die Arbeitnehmer der anderen der Tarifordnung unterworfenen Betriebe geschädigt. Sie aber zu schützen, ist der Zweck der Tarifordnung.

Auch aus diesen Erwägungen ist die Verfügungsbefugnis des einzelnen Arbeitnehmers über den völligen Anspruch beschränkt. Die Rechtsordnung kann daher keine rechtlichen Formen zur Verfügung stellen, durch die die Durchführung der tariflichen Ansprüche verhindert wird.

Die Unabdingbarkeit bedeutet daher ein Verfügungsverbot hinsichtlich des Arbeitsverdienstes. Wenn demgegenüber früher Hagemann [104]) einwandte, daß mit der Bejahung der Unabdingbarkeit für die fällige Forderung auch deren Tilgung durch Verrechnung und Aufrechnung abgelehnt werden müßte, so ist dieser Einwand nicht geeignet, die hier vertretene Ansicht zu erschüttern. § 397 BGB stellt zwar den Erlaß der Aufrechnung gleich. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß die Tarifordnung den Beschäftigten die Früchte seiner Tätigkeit sichern will. Wird mit dem Lohn aufgerechnet oder wird verrechnet, so wird der Arbeitnehmer von Gegenforderungen befreit. Dagegen fließt ihm beim Erlaß wirtschaftlich kein Wert zu.

γ) mangels eines wirtschaftlichen zwingenden Bedürfnisses.

Im Gegensatz zum früheren Recht liegt auch kein Grund vor, den Verzicht aus wirtschaftlicher Notwendigkeit zuzulassen. Insbesondere hat das Reichsarbeitsgericht im alten Recht den Verzicht für zulässig erklärt, um den individuellen Interessen der einzelnen Betriebe nicht im Wege zu stehen, da die Machtkämpfe auf die

---

104) Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 43.

einzelnen Betriebe keine Rücksicht nahmen [105]). Demgegenüber ist aber die Tarifordnung nicht das Ergebnis langer Interessenkämpfe der Tarifvertragsparteien, sondern sie wird von einer staatlichen Stelle erlassen. Der Treuhänder erwägt objektiv den Inhalt der Tarifordnung nach sachverständiger Prüfung der Bedürfnisse und Leistungsfähigkeit der Betriebe. Dabei wird der Notlage einzelner Betriebe Rechnung getragen. Der Treuhänder kann, wenn sich die Untragbarkeit der Bedingungen für einen Betrieb nachträglich ergeben sollte, den Betrieb aus der Tarifordnung herausnehmen [106]). Dänzer [107]) wendet hiergegen ein, daß die Entscheidung über die Zulassung der Herausnahme dem Verwaltungsverfahren vorbehalten und daß dieses Verfahren schwerfällig sei. Diese Bedenken sind nach der Regelung der 14. Durchführungsverordnung zum AOG [108]) gegenstandslos geworden. Vor Erlaß der 14. Durchführungsverordnung war an sich auch schon die Möglichkeit gegeben, besondere Verhältnisse zu berücksichtigen. Es bestand aber nur die Möglichkeit, entweder von vornherein einzelne Betriebe, für die eine Anwendung der tariflichen Mindestbedingungen nicht zumutbar war, aus der Tarifordnung herauszunehmen oder die Herausnahme dem Treuhänder in der Tarifordnung vorzubehalten, oder die Tarifordnung nachträglich zu ändern, also einen Sachverständigenausschuß zu hören, um die Bekanntmachung im Arbeitsblatt vorzunehmen. Dieser Zustand führte allerdings zu Schwerfälligkeiten. Der Zustand war besonders unbefriedigend, z. B. wenn es sich darum handelte, einen an sich lebensfähigen, aber zur Zeit (wegen Auftragsmangels) notleidenden Betrieb vor dem Erliegen zu bewahren. Die Verordnung gestattet aber jetzt dem Treuhänder, innerhalb seines Bezirks durch schriftliche Anordnung für einzelne Betriebe oder Betriebsabteilungen oder für bestimmte Gefolgschaftsmitglieder, die Geltung aller oder einzelner Bestimmungen einer Tarifordnung auszuschließen, wenn es ihm aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen dringend geboten erscheint. Da eine Anhörung des Sachverständigenausschusses und auch die Veröffentlichung im Reichsarbeitsblatt oder an

---

105) Vgl. RArbG. i. ArbRSamml. 24/93 mit Anm. von Nipperdey.
106) 14. Durchführungsverordnung zum AOG, RGBl. I, 1935, S. 1240.
107) Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 252.
108) 14. Durchführungsverordnung zum AOG, RGBl, I. 1935, S. 1240.

anderer Stelle für die Wirksamkeit einer solchen Anordnung nicht erforderlich ist, so sind jetzt die Bedenken Dänzers gegenstandslos geworden und ist für eine Selbsthilfe kein Raum [109]).

Alles dies muß aber zur Annahme führen, daß die Rechtsverbindlichkeit der Mindestbedingungen nur den Sinn und Zweck haben kann, daß sowohl die Entstehung als auch die Durchführung rechtlich gesichert werden sollte, d. h. aber, daß die Erlaßverträge während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unzulässig sind [110]).

bb) Die Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich aus dem Zweck der Tarifordnung und aus der Rechtsnatur der tariflichen Lohnansprüche.

Aber auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Verzicht unzulässig.

Allerdings ist zuzugeben, daß bei Ausscheiden eines Arbeitnehmers aus einem Betrieb in der Regel eine Rückwirkung auf andere Betriebe nicht eintritt, wenn der Arbeitnehmer auf einen Teil seines Lohnes verzichtet. Insofern handelt es sich nicht mehr um den Schutz der Beschäftigten einer Gruppe von Betrieben, sondern nur um einen einzelnen Lohnanspruch.

Vielhaber [111]) will daraus folgern, daß dann der Lohnanspruch nicht mehr gesichert zu werden braucht, als irgend ein anderer Anspruch bürgerlichrechtlicher Natur. Das bedeute aber die freie Verfügungsbefugnis über den Anspruch.

Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, daß die fälligen Lohnansprüche auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Mindestmaß rechtsverbindlich bleiben. Denn auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt, daß durch den Erlaß einer Tarifordnung

---

109) Hagemann, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 256.

110) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 212 β S. 349; RArbG. i. Dt. Justiz 1935, S. 1342; Dersch, Komm. Anm. 8b zu § 32 S. 212; Grussendorf, i. Dt. Justiz 1935, S. 1343; Mansfeld, Komm. Anm. 11e zu § 32 S. 378. Es steht aber dem Beschäftigten frei, ob er sich tatsächlich den Lohn voll auszahlen läßt und damit sein Recht auch geltend macht. Das ist aber kein Verzicht im Sinne des Erlaßvertrages. Vergl. Richter, JW 1934/1016; Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 210 β S. 349.

111) Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 200, 201.

die Existenz des einzelnen Arbeitnehmers möglichst gesichert sein soll, und dies ist nur dann der Fall, wenn rückständiger Lohn ihm auch zufließt. Es ist auch nicht einzusehen, daß es für die Praxis sowohl der Gerichte wie der Rechtsberatungsstellen — wie Dänzer [112]) meint — nahezu ein unerträglicher Zustand sei, wenn Erlaßverträge über Tarifansprüche auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unzulässig wären. Es ist zwar richtig, daß in diesem Falle eine gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten unmöglich ist. Steht aber fest, daß ein Betriebsführer einem entlassenen Gefolgsmann noch Lohnteile in bestimmter Höhe schuldet, so hat der Betriebsführer den rückständigen Lohn zu zahlen. Denn es muß entscheidend sein der autoritative Charakter der Tarifordnung und der Durchführungszwang, der auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die fällige Entlohnung maßgebend und bestehen bleibt [113]).

b) Die Verwirkung.

α) Die Zulässigkeit der Verwirkung im allgemeinen.

Das neue Arbeitsrecht hat die Frage der Verwirkung nicht positiv geregelt. Damit kann aber nicht schon angenommen werden, wie L. Richter meint [114]), daß die Verwirkung als eine außergesetzliche Konstruktion abgelehnt worden sei. Im Gegenteil ist mit der herrschenden Meinung die Verwirkung im Arbeitsrecht für zulässig zu erachten. Die Verwirkung fälliger unerfüllter Ansprüche findet ihre Grundlage und Grenze in dem alles Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, wie er in § 242 BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Andererseits kann der Gläubiger die Leistung nur so fordern, daß er selbst nicht wider Treu und Glauben verstößt [115]) [116]).

112) Deutsches Arbeitsrecht 1935, Sp. 253.
113) Grussendorf, Dt. Justiz 1935, S. 1343; a. A. Nipperdey, i. ArbRSamml. 24/98, der hier den Verzicht zuläßt.
114) Richter, JW. 1934/1016.
115) Vgl. Franke, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 258.
116) § 242 BGB wendet sich, wie anerkannt ist, auch an den Gläubiger. Komm. RGR Erl. I zu § 242; v. Staudinger, Erl. I a. E. zu § 242 S. 30.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt dann vor, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers billigerweise entnehmen und sich darauf einrichten konnte, daß der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werde. Durch die nachträgliche Geltendmachung setzt sich der Gläubiger mit seinem früheren Schweigen in Widerspruch; der Anspruch ist verwirkt [117]).

Ist ein Anspruch verwirkt, so kann der Verpflichtete bei Geltendmachung des Anspruchs eine Einrede entgegensetzen, ähnlich wie bei der Verjährung. Mit der Verjährung ist die Verwirkung nicht etwa unvereinbar. Durch Stillschweigen allein kann ein Anspruch noch nicht verwirkt werden, sondern nur verjähren. Denn es steht dem Berechtigten frei, sein Recht geltend zu machen oder nicht, ohne aber vor Ablauf dieser Verjährungsfrist die Ausübbarkeit seines Rechts zu verlieren. Zur Verwirkung müssen noch weitere Umstände hinzukommen, die die Nichtgeltendmachung bereits vor dem Ablauf der Verjährungsfrist für die Beurteilung des Anspruches erheblich machen. Durfte der Schuldner eine Erklärung des Gläubigers erwarten und war dem Gläubiger eine Erklärung zuzumuten, so führt das Schweigen zur Verwirkung. Darin, daß der Schuldner sich auf die Nichtgeltendmachung einrichten durfte, weil er eine Geltendmachung nicht mehr zu erwarten brauchte — und der Gläubiger mit diesen Folgen rechnen mußte — liegt das Unterscheidungsmerkmal zwischen Verjährung und Verwirkung.

β) Vereinbarkeit der Verwirkung mit dem Grundsatz der Unabdingbarkeit.

Ist auch die Verwirkung im Arbeitsrecht für zulässig zu erachten, so könnte doch eine andere Beurteilung der Rechtslage gerechtfertigt sein, wenn es sich um tarifliche Ansprüche handelt, die unabdingbar sind.

Während der Tariflohnverzicht gegen das Unabdingbarkeitsprinzip verstößt, kann nur bei oberflächlicher Betrachtung zwischen § 32 AOG und dem Prinzip der

---

117) Ebenso die überwiegende Mehrheit. Hueck-Nipperdey, Komm. 1934, S. 350 ff; Mansfeld, Komm. Anm. 11e S. 378; Wormke, Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, Sp. 160; Bertin, daselbst, Sp. 183 ff; Siebert, JW 1934 S. 1829 ff; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 241 ff.

Rechtsverwirkung ein Widerspruch gefunden werden. Das Unabdingbarkeitsprinzip verbietet lediglich rechtsgeschäftliche Beeinträchtigungen der tarifgemäßen Beschäftigtenansprüche (insbesondere den Tariflohnverzicht), nicht aber gesetzliche Einwirkungen auf diese Ansprüche [118]).

Als solche gesetzliche Einwirkung ist die Verwirkung der Unabdingbarkeitswirkung zu erachten. Der alles beherrschende Leitsatz von Treu und Glauben steht über der Unabdingbarkeit und daher unterliegen auch die tariflichen Ansprüche der Verwirkung, wenn sie auch Ansprüche mit zwingender Wirkung sind [119]).

Weder die Entstehung noch die Verwirklichung des Anspruches wird durch sie gehindert. Zunächst wird der Anspruch erst nach der Entstehung erfaßt, aber nicht derart, daß jede Geltendmachung und Durchsetzung ausgeschlossen würde. Lediglich der illoyalen verzögernden Geltendmachung wird entgegengetreten. Das kann aber nicht als eine Beeinträchtigung des Unabdingbarkeitsprinzips angesehen werden, sondern ist eher — wie Franke [120]) ausführt — „eine gerechte Handhabe gegen eine Überspitzung desselben". Dagegen würde die Ausschaltung von Treu und Glauben zu einer unerträglichen Rechtsstarrheit führen. Demgegenüber kann der Einwand von Westermann, der in der Zulassung der Verwirkung eine Durchlöcherung des Durchsetzungsgedankens sieht, nicht durchschlagen [121]). Wenn es auch im Staatsinteresse liegt, daß die Existenzgrundlage der Gefolgschaftsmitglieder und daher auch die Durchführung der tariflichen Ansprüche gesichert ist, so darf doch nicht unbeachtet bleiben, daß der Staat auch auf eine vorbildliche Zusammenarbeit zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft Wert legt. Dazu gehört aber, daß in dieser Betriebsgemeinschaft der Grundsatz von Treu und Glauben gilt und der Beschäftigte daher Nachforderungen rechtzeitig geltend macht.

Dadurch wird der Unternehmer nicht unbillig begünstigt, das neue Arbeitsrecht schafft ja jetzt die

---

118) Franke, Dt. Arbeitsrecht, 1935, Sp. 262.

119) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 286; Komm. S. 351; Nipperdey i. ArbRSamml. 21/LAG. 39; A. A. Dersch, Komm. § 32 Anm. 8 b S. 213.

120) Dt. Arbeitsrecht, 1935, S. 262.

121) Westermann, DJZ 1935 Sp. 400.

Möglichkeit, die Pflichtwidrigkeit des Unternehmers, die in der Zahlung untertariflichen Lohnes liegt, gebührend zu ahnden. Es kann auch nicht ein Beschäftigter für berechtigt angesehen werden, zu schweigen, wenn der Unternehmer seine Pflichten nicht erfüllt. Siebert [122]) ist vollkommen beizupflichten, wenn er schreibt: „Die Ethik des personenrechtlichen Verhältnisses kann nicht durch pflichtwidriges Verhalten einer Partei beiseitegedrängt werden, besonders dann nicht, wenn andere Wege vorhanden sind, um gegen ein solches Verhalten Abhilfe zu schaffen".

γ) Die Verwirkungsklausel.

Zuweilen werden in Einzelarbeitsverträgen Verwirkungsklauseln aufgenommen, in denen bestimmt wird, daß Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis binnen einer angemessenen Frist geltend gemacht werden müssen. Derartige Klauseln sind zulässig. Der Grundsatz der Unabdingbarkeit und die Verwirkungsfristen schließen sich nicht derart aus, daß eine solche Klausel gegen jenen verstößt.

Denn die Verwirkungsklausel im Einzelarbeitsvertrag selbst trägt nicht den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Beeinträchtigung des Tariflohnanspruchs in dem Sinne, daß sie erst die Verwirkung wegen Nichtgeltendmachung konstitutiv hervorriefe. Vielmehr würde die Verwirkung kraft Gesetzes (§ 242 BGB) an sich schon eintreten, wenn auch vielleicht erst nach Ablauf des von den Einzelvertragsparteien vereinbarten Zeitraumes. Dies kann jedoch die Einführung einer Verwirkungsklausel im Einzelarbeitsvertrag nicht unzulässig machen, zumal der Beschäftigte von der Verwirkungsklausel genaue Kenntnis hat. Daher ist die Vereinbarung einer Verwirkungsklausel zulässig [123]).

Allerdings vertritt Norden die Ansicht, daß die Verwirkungsklausel nur den Sinn haben könne, streitige und der Höhe nach unbestimmte Forderungen zu er-

---

122) Siebert: Verwirkung und Zulässigkeit der Rechtsausübung, S. 243.

123) vgl. Dersch, S. 191 Anm. 3a, 213 Anm. 8b zu § 32; Franke, Deutsches Arbeitsrecht 1935 S. 263; Mansfeld, Komm. S. 378 Anm. 11; vgl. Hueck-Nipperdey, Komm. S. 340; Joerges, Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, Sp. 301, 302; Norden, Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, Sp. 153.

fassen. Im übrigen könnten Ansprüche nur durch Zeitablauf untergehen [124]). In dieser Form kann ihm jedenfalls nicht beigepflichtet werden. Es ist zuzugeben, daß die Verwirkungsklauseln nicht immer den Sinn einer strikten Ausschlußfrist haben; sie können nach Lage des Falles auch eine einschränkende Auslegung dahin erforden, daß die Fristversäumnis nur dann die Lohnverwirkung nach sich zieht, wenn der Anspruch ungewiß war und der Feststellung bedurfte [125]).

In der Regel müssen aber alle Ansprüche innerhalb der in der Verwirkungsklausel festgesetzten Frist geltend gemacht werden.

Ebenso kann von einem Verstoß gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz nicht die Rede sein, wenn eine Verwirkungsklausel in der Tarifordnung enthalten ist, um die ohnehin geltende Verwirkung wegen Nichtgeltendmachung in ihrer Anwendung zu vereinheitlichen.

Denn die Unabdingbarkeit erfaßt — abgesehen davon, daß sie überhaupt nur einer rechtsgeschäftlichen Beeinträchtigung der ihr unterfallenden Ansprüche vorbeugt, eine solche die vom Treuhänder durch eine dahingehende Tarifnorm statuierte Verwirkung aber nicht darstellt — die tariflichen Ansprüche nur so, wie sie von der Tarifordnung gestaltet sind. Die so durch die tarifliche Verwirkungsklausel modifizierten Tarifansprüche liegen daher nicht in der Sphäre, in der sich das Unabdingbarkeitsprinzip Geltung verschaffen kann [126]).

4. a) Prozeßrechtliche Wirkungen.

α) Schiedsklausel.

Dadurch, daß der Treuhänder in der Tarifordnung die Arbeitsgerichtsbarkeit durch Einsetzung von Schiedsgerichten, Gütestellen und Schiedsgutachterstellen in demselben Umfang, wie dies nach dem Arbeitsgerichtsgesetz den Tarifvertragsparteien möglich war, ausschließen kann, ist dem Treuhänder, einem Organ des Reichs, die Befugnis gegeben, die reichsrechtlichen eingesetzten

---

124) Arbeitsrecht und Volkstum, Sp. 153 I.
125) LAG i. ArbRSamml. 1/118; RAG 9/361; JW 1934/1068.
126) RArbG. i. ArbRSamml. 12/538, 17/53; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 98.

Arbeitsgerichte auszuschalten. Derartige Bestimmungen greifen in das öffentliche Prozeßrecht ein, denn es wird eine Ausnahme von der ausschließlichen Zuständigdigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit gesetzt.

Wird in die Tarifordnung die Schiedsklausel aufgenommen, so gibt sie im arbeitsgerichtlichen Verfahren entsprechend § 92 ArbGerGes. eine prozeßhindernde Einrede; sie richtet sich gegen die Zulässigkeit des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht. Nach § 46 I finden auf sie die gesetzlichen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die prozeßhindernde Einrede Anwendung: die §§ 274 I und III, 275, 277 und 504 I ZPO. Die Schiedsklausel ist daher keine von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzung. Sie ist vielmehr eine echte Prozeßeinrede, die nur berücksichtigt werden kann, wenn sich der Beklagte auf sie beruft. Da unbeschadet der Unabdingbarkeit der Schiedsklausel in einer Tarifordnung der Beklagte auf die Einrede verzichten kann, können die Parteien, falls die Einrede im Prozeß nicht erhoben wird, eine Entscheidung des Arbeitsgerichts herbeiführen [127]).

Andernfalls muß der Beklagte die Einrede nach § 274 I ZPO vor der Verhandlung zur Hauptsache vorbringen, wobei unter Verhandlung zur Hauptsache die erst nach Abschluß der Güteverhandlung (§ 54 ZPO) stattfindende streitige Verhandlung zu begreifen ist [128]).

Ist die Einrede begründet, so weist der staatliche Richter die Klage aus diesem Grunde ab. Da es sich um ein Prozeßurteil, nicht um ein Sachurteil handelt, so schafft dieses Urteil Rechtskraft dahin (§ 322 ZPO), daß der Klageanspruch der schiedsgerichtlichen Entscheidung unterliegt. Solange die Schiedsklausel bei Kräften bleibt, steht die Rechtskraft einer neuen Klage vor dem staatlichen Gericht entgegen. Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn die Schiedsklausel inzwischen weggefallen ist, wenn etwa die Schiedsstelle sich für unzuständig erklärt hat [129]).

Auch die in einer Tarifordnung aufgenommene Güteklausel begründet eine echte prozeßhindernde Einrede, also eine verzichtbare und nicht von Amts wegen

---

127) Vgl. für das alte Recht Gerstel, Anm. zum LArbG i. ArbRSamml. 3/164.
128) Baumbach, Arbeitsgerichtsgesetz § 92 Anm. 1.
129) wie vor.

zu beachtende Einrede. Auch auf sie ist gemäß § 46 S. 1 ArbGG., § 504 und § 274 ZPO entsprechend anzuwenden; sie ist im Arbeitsgerichtsprozeß vor der Güteverhandlung anzubringen [130]).

Anders ist jedoch die prozeßrechtliche Wirkung der Schiedsgutachtenklausel. Da diese Klausel weder die Arbeitsgerichtsbarkeit ausschließt, noch auf eine gütliche Einigung zur Verhinderung des Streitverfahrens hinwirkt, begründet sie — im Gegensatz zur Schiedsklausel und Güteklausel — keine prozeßhindernde Einrede, sie macht daher die Erhebung der Klage nicht unzulässig.

Trotzdem ist die Schiedsgutachtenklausel für den Gang des Rechtsstreites vor dem Arbeitsgericht bedeutsam.

Die Partei, der die Beweislast obliegt, kann den Beweis für die in der Schiedsgutachtenklausel bezeichneten Tatsachen nur durch Vorlegung des Schiedsgutachtens erbringen, andernfalls wird sie, falls sie das Gutachten nicht vorlegt, beweisfällig. Denn jede andere Beweiserhebung ist ausgeschlossen. Die Klage ist aber nicht sachlich, sondern als verfrüht abzuweisen, so daß der Kläger die Klage erneuern kann [131]).

Wie sich aus der Fassung des Gesetzes ergibt, ist die Beweisbeschränkung von Amts wegen zu beachten; nicht nur auf die dahingehende Einrede einer Partei. Erlangt das Arbeitsgericht von der Schiedsgutachtenklausel Kenntnis, so ist sie selbst noch in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen [132]).

Das Arbeitsgericht ist an das Schiedsgutachten gebunden und zwar gilt dies für alle Instanzen. Das Arbeitsgericht hat das Schiedsgutachten seiner Entscheidung über den gesamten Rechtsstreit zugrunde zu legen; es kann hinsichtlich der Tatfragen, die durch das Schiedsgutachten entschieden worden sind, weder in eine Sachprüfung eintreten noch Beweis erheben.

Dagegen hat das Gericht die durch das Schiedsgutachten festgestellten Tatsachen rechtlich zu würdigen,

---

130) Pracht, § 101 Anm. 3; Baumbach § 101 Anm. 1.
131) Baumbach § 106 Anm. 2b, RG i. Seuff. Arch. 57 Nr. 217.
132) Vgl. Dersch-Volkmar, § 106 Anm. 4; Gerstel in der Anm. zum RAG i. ArbRSamml. 11/247; Volkmar in der Anm. zum RAG i. ArbRSamml. 17/17; abweichend RAG, a. a. O.; Baumbach § 106 Anm. 2.

insbesondere aber darüber eine Entscheidung zu treffen, ob die gutachtlich festgestellten Tatsachen für die Entscheidung des Rechtsstreites von Erheblichkeit sind, ohne Rücksicht darauf, daß etwa im Schiedsgutachten die festgestellten Tatsachen selbst als erheblich bezeichnet worden sind. Unbeachtlich sind jedenfalls Gutachten über Rechtsfragen, da diese den Schiedsgutachtern nicht übertragen sind. Wenn ein Gutachten nur zum Teil erheblich ist, so hat das Gericht frei die Bedeutung zu würdigen, die ihm mit Rücksicht auf den Parteiwillen zukommt. Desgleichen ist das Gericht befugt, dahin Feststellungen zu treffen, ob das Schiedsgutachten nicht etwa gegen das zwingende Recht, gegen die guten Sitten verstößt oder ob das Schiedsgutachten ordnungsmäßig zustande gekommen ist.

Allerdings entfallen die prozessualen Wirkungen der Schiedsgutachtenklausel, wenn das Schiedsgutachten nicht abgegeben werden kann (§ 106 Abs. 2 ArbGG). Das trifft nach dem Gesetz in den vier Fällen des § 92 II AGG zu, in denen sich die Zusammensetzung der Schiedsgutachtenstelle nicht ermöglichen läßt oder die Abgabe des Gutachtens auf Grund des Verhaltens der Gutachtenstelle verhindert wird [133]).

β) Die tarifliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

Nach § 48 II ArbGG ist dem Treuhänder der Arbeit neben dem Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit noch ein anderer Eingriff (wenn auch geringerer Art) in das Prozeßrecht und zwar in die Zuständigkeitsregelung für Streitigkeiten der im § 48 II ArbGG (d. h. für Streitigkeiten aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis) dadurch gestattet, daß der Treuhänder in der Tarifordnung die Zuständigkeit eines an sich örtlich unzuständigen Arbeitsgerichts bestimmen kann (§ 66 VI AOG). Durch die Verweisung auf die §§ 38—40 ZPO (vgl. § 48 ArbGG) sind aber die Parteien des Einzelarbeitsvertrages trotzdem befugt, die Zuständigkeit eines anderen Arbeitsgerichts zu vereinbaren. Denn die §§ 38—40 ZPO bieten den Parteien die Möglichkeit, die örtliche Zuständigkeit eines an sich örtlich unzuständigen Arbeitsgerichts für ein bestimmtes Rechts-

133) Pracht, ArbGG. § 106 Anm. 4.

verhältnis und die aus ihm entspringenden Streitigkeiten ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch mündliche Verhandlung zur Hauptsache vereinbaren, ohne die Unzuständigkeit zu rügen [134]).

b) Die öffentlich-rechtliche Wirkung der Arbeitszeitnormen.

Bei Feststellung der Wirkung der Arbeitszeitnormen ist neben der Unabdingbarkeit der öffentlich-rechtliche Charakter des Arbeitszeitrechts als eines Schutzgesetzes zur Regelung der öffentlich-rechtlich zugelassenen Höchstarbeitszeit zu beachten. § 3 AZO bezweckt nur den Schutz der Arbeitskraft und der Gesundheit der Gefolgschaft; er will jedoch nicht ihre Lohninteressen sichern. Mit der Einführung der gesetzlichen 48-stündigen Wochenarbeitszeit allein ist eine Arbeitszeitverkürzung durch den Unternehmer nicht unzulässig geworden, noch gibt § 3 AZO einen gesetzlich gesicherten Beschäftigungs- und Lohnanspruch für die gesetzlichen Wochenarbeitsstunden [135]).

Macht die Tarifordnung von dem in § 8 AZO vorgesehenen Recht Gebrauch, die im § 3 I AZO festgesetzten Grenzen (der regelmäßigen werktäglichen Arbeitszeit ausschließlich der Pausen von 8 Stunden) auszudehnen, so gelten für die Beschäftigten, für die die Tarifordnung verbindlich ist, deren Bestimmungen an Stelle des § 3 I AZO.

Hierin zeigt sich der — durch die Delegation des Gesetzgebers begründete — öffentlich-rechtliche Charakter der tariflichen Arbeitszeitnormen, der die Frage der tariflichen Wirkung völlig unberührt läßt [136]). Entsprechend diesem Teil ihres Charakters wird durch die Arbeitszeitnormen nur der öffentlich-rechtliche Gesetzesrahmen des Arbeitszeitrechts erweitert [137]).

Daher macht erst die Überschreitung der auf der Tarifordnung beruhenden Mehrarbeitszeit den Arbeitgeber nach § 27 III letzter Satz strafbar [138]), es sei

---

134) Richter, JW 1934/1017; Pracht, § 48 Anm. 3.
135) Erdmann-Meissinger, Arbeitszeitordnung, § 8 Anm. IV 3b S. 216.
136) Für das alte Recht vgl. Molitor, Komm. zur Tarifvertragsverordnung, Arbeitszeitordnung Anh. III zu § 1 Anm. 13 S. 134.
137) Erdmann-Meissinger, a. a. O., S. 218.
138) Rohmer, Arbeitszeitordnung § 8 Anm. 1.

denn, daß die geleistete Überarbeit im Rahmen des öffentlichen Höchstarbeitszeitrechts statthaft ist und somit innerhalb der öffentlich-rechtlichen Schranke der Straflosigkeit nach § 27 bleibt.

Allerdings wäre der Beschäftigte auf Grund der tarifrechtlichen Normenwirkung zu einer über den tariflichen Rahmen hinausgehenden, wenn auch noch im Rahmen des öffentlichen Höchstarbeitszeitrechts statthaften Arbeitsleistung tariflich nicht verpflichtet und könnte nach dem Unabdingbarkeitsgrundsatz auch nicht verpflichtet werden [139]. Die geleistete Überarbeit wäre normenwidrig und unter den Voraussetzungen des § 22 AOG bei wiederholter Zuwiderhandlung strafbar.

B. Die Abschlußnormen.

1. Begriff.

Abschlußnormen betreffen nur den Abschluß der Einzelarbeitsverträge, nicht aber deren Inhalt. Deshalb sind diese Normen zu einer besonderen Gruppe zusammenzufassen [140].

a) Formvorschriften.

Zunächst sind zu den Abschlußnormen die Formvorschriften zu rechnen. Sie liegen vor, wenn für den Abschluß der Arbeitsverträge eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Schriftform oder irgendeine andere Form vorgeschrieben wird. Die Anordnung wird im Interesse der Beschäftigten geschaffen. Die Einstellung soll in einer Urkunde festgelegt werden, damit die Beschäftigten mit den Arbeitsbedingungen bekannt gemacht werden [141].

b) Abschlußverbote.

Zu den Abschlußnormen gehören auch die Abschlußverbote, wonach der Abschluß von Einzelarbeitsverträgen unter besonderen Umständen unzulässig ist. Solche Abschlußverbote können nicht den Inhalt der Arbeitsverträge von Personen, zwischen denen ein Ar-

---

139) Molitor, a. a. O. Anm. 13 S. 135.
140) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 111 S. 323.
141) Hueck-Nipperdey Komm. § 32 Anm. 113 S. 323.

beitsvertrag nicht abgeschlossen werden soll, betreffen [142]). Hierhin gehören die Verbote der Einstellung von Frauen und Kindern. Auch eine dahingehende Bestimmung ist möglich, entweder bestimmte Personen bei der Einstellung vorzuziehen oder nur mit Hilfe eines bestimmten Arbeitsnachweises Arbeitsverhältnisse zu begründen. Jedoch kann der Präsident der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung insbesondere für Bezirke mit hoher Arbeitslosigkeit anordnen, daß Personen, die in diesen Bezirken am Tage des Inkrafttretens der Anordnung keinen Wohnsitz haben, dort als Arbeiter oder Angestellte nur mit seiner vorherigen Zustimmung eingestellt werden dürfen (§ 1 des Gesetzes zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15. 5. 34. RGBl. I S. 381), ferner kann er anordnen, daß Personen, die am Tage des Inkrafttretens seiner Anordnung oder in den vorhergehenden 3 Jahren in der Landwirtschaft tätig waren, in anderen als landwirtschaftlichen Betrieben oder Berufen für andere als landwirtschaftliche Arbeiten nur mit seiner vorherigen Zustimmung eingestellt werden dürfen (§ 2 a. a. O.). Erläßt der Präsident der Reichsanstalt eine solche Anordnung, so gelten Tarifnormen, wonach bestimmte Personen bei der Einstellung vorzuziehen oder nur mit Hilfe eines bestimmten Arbeitsnachweises Arbeitsverhältnisse zu begründen sind, mit der Maßgabe, daß die durch die Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt betroffenen Einzelarbeitsverträge der Zustimmung des Präsidenden bedürfen. Denn diese Tarifnormen müssen sich im Rahmen des Arbeitseinsatzgesetzes halten, da die Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt, der zum Erlaß solcher Anordnungen vom Gesetz ausdrücklich ermächtigt ist, sich als die stärkere Rechtsquelle darstellt. Aus demselben Grunde sind Tarifnormen, wonach bestimmte Personengruppen bei der Einstellung vorzuziehen sind, nichtig, wenn der Präsident der Reichsanstalt nach § 2 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung vom 5. 11. 35 (RGBl. I, 35 S. 1281) mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers bei Vor-

---

142) Soll die Formvorschrift nur den Parteien ein Anspruch auf schriftliche Niederlegung ihrer Ansprüche geben, so handelt es sich wieder um eine Inhaltnorm. Der Formzwang hat in diesem Falle nur deklaratorische Bedeutung. Vgl. RABl. 1934 VI S. 97 § 7, S. 107 § 8.

liegen staatlicher Notwendigkeiten seinerseits eine dahingehende Anordnung trifft, daß andere als die vom Treuhänder bestimmten Personengruppen bevorzugt in Arbeit zu vermitteln sind.

c) Abschlußgebote.

Durch die Tarifordnung kann schließlich ein Zwang auferlegt werden, mit bestimmten Personengruppen Verträge abzuschließen: die sogenannten Abschlußgebote. Werden die Bestimmungen der Tarifordnung erfüllt, so kommen die Arbeitsverträge zustande. Damit ergibt sich von selbst, daß sie nicht den Inhalt der Arbeitsverhältnisse betreffen [143]).

2. Zulässigkeit der Aufnahme in die Tarifordnung.

Daß diese Abschlußnormen in die Tarifordnung überhaupt aufgenommen werden können, ist nicht unbestritten [144]).

Mansfeld vertritt die Meinung, daß die Tarifordnung nur den Inhalt, nicht den Abschluß regeln und deshalb nicht für den Abschluß von Arbeitsverträgen Formvorschriften rechtsverbindlich vorschreiben könne [145]).

Diese Einwendung ist aber nicht durchschlagend.

Die Bestimmungen der Tarifordnung sind nach der Vorschrift des § 32 II 2 für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen rechtsverbindlich. Wäre der Ausdruck „erfaßte Arbeitsverhältnisse“ so aufzufassen, daß das Arbeitsverhältnis schon oder noch bestehen muß, dann wäre allerdings der Schluß gerechtfertigt, daß Abschlußnormen, gleichviel in welcher Form, nicht in die Tarifordnung aufgenommen werden dürfen [146]).

---

143) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 114 zu § 32 S. 324. Wird hingegen in einer Tarifordnung bestimmt, daß der Beschäftigte, der aus irgend einem nicht in seiner Person liegenden Grunde nicht zur Zeit beschäftigt werden kann, nach Fortfall des Entlassungsgrundes wieder einzustellen ist, so liegt keine Abschlußnorm, sondern eine Inhaltsnorm vor. RAG i. ArbRSamml. 5/99, 434. Hueck-Nipperdey, wie vor.

144) Dafür Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 111 S. 323; Dersch, § 32 Anm. 6 S. 209.

145) Mansfeld § 32 Anm. 10a S. 366.

146) Herschel, Arbeitsrecht und Volkstum, 1935, Sp. 76.

Allein § 32 Abs. 2 AOG. meint die Arbeitsverhältnisse in ihren gesamten rechtlichen Beziehungen. Daher werden alle arbeitsrechtlichen Beziehungen, die dem Geltungsbereich der Tarifordnung unterliegen, umfaßt. Dazu gehören aber auch die „Arbeitsverhältnisse", die erst auf Grund des Abschlußgebots oder -verbotes zustandekommen sollen oder nicht.

Der Wortlaut allein zwingt daher nicht zu einer solchen Begrenzung des Inhalts der Tarifordnung.

Herschel [147]) meint, daß dem Volksgenossen nicht alle Verantwortung genommen werden dürfe; vielmehr solle er unter eigener Verantwortung an der sozialen Aufgabe mitwirken.

Für das Rechtsleben bedeute das, daß immer wieder die Grenze zwischen autoritativem Eingriff und freier Gestaltungsmöglichkeit gezogen werden müsse. Jedenfalls habe das „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" die Freiheit des Arbeitsvertrages zwar stark eingeschränkt, aber keinesfalls restlos beseitigt.

Die Freiheit der Vertragsparteien in bezug auf den Abschluß des Vertrages sei aber nicht eingeschränkt worden. Denn der in § 32 II AOG gebrauchte Ausdruck „Mindestbedingungen" könne nur im Sinne von inhaltlicher Gestaltung des Arbeitsvertrages aufgefaßt werden. Der Wille des Gesetzgebers, die Zuständigkeit der Tarifnormen auf die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages zu beschränken und insbesondere Abschlußnormen außerhalb dieser Zuständigkeit zu belassen, habe also im AOG einen hinreichenden Ausdruck gefunden. Demgegenüber muß aber betont werden, daß für Richtlinien der Arbeitsverträge § 32 I AOG dieselben auf den Inhalt — ausdrücklich — beschränkt hat. Bei der Tarifordnung im zweiten Absatz fehlt diese Einschränkung, die, wie Nipperdey [148]) betont, auch unerwünscht ist. Denn auch Formvorschriften können im Interesse der Betriebsgemeinschaft zwingend geboten sein [149]).

Es ist also weder durch den Wortlaut noch durch den Sinn des Gesetzes geboten, den Inhalt der Tarifordnung derart zu verengern, daß die Abschlußnormen auszuscheiden hätten.

---

147) Arbeitsrecht und Volkstum 1935, Sp. 76.
148) Hueck-Nipperdey, Komm. § 32 Anm. 95.
149) wie vor.

Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch berührt, daß die Rechtsverbindlichkeit von Inhaltsnormen und Abschlußnormen verschiedene Folgen nach sich zieht. Nicht zutreffend und nicht verständlich ist, daß nach Mansfeld [150]) Abschlußnormen als allgemeine Anordnungen nach § 22 AOG, aber nicht als Tarifnormen in Frage kommen könnten. Fehlt dem Treuhänder die Zuständigkeit zur Aufnahme dieser Bestimmungen in die Tarifordnung, dann kann er auch Abschlußnor= als allgemeine Anordnungen nicht erlassen. Denn es ist zu berücksichtigen, daß die Tarifordnung die wichtigste schriftliche Anordnung des Treuhänders ist [151]).

3. Die Wirkungen der Abschlußnormen.

Wird in der Tarifordnung bestimmt, daß der Arbeitsvertrag nur gültig abgeschlossen ist, wenn die Schriftform gewahrt ist, so stellt sich diese Bestimmung als eine Formvorschrift im Sinne des § 125 BGB dar. Das ergibt sich daraus, daß eine Tarifordnung eine Rechtsverordnung und damit ein Gesetz im materiellen Sinne ist. Der Arbeitsvertrag ist daher nichtig, wenn er nicht in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen worden ist.

Somit besteht ein vertragsloses Beschäftigungsverhältnis. Der Beschäftigte kann aber regelmäßig den Tariflohn verlangen, da ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ihm zusteht [152]).

Ein in der Tarifordnung enthaltenes Abschlußverbot stellt sich als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar. Ein entgegen dem Verbot abgeschlossener Arbeitsvertrag ist daher nichtig, wenn sich aus dem Verbotsgesetz nicht ein anderes ergibt. Soweit die Tarifordnung nicht ausdrücklich die Wirkung des Verbotes feststellt, ist es Auslegungsfrage, welche Wirkung das Verbot hat. Von entscheidender Bedeutung ist hierbei der Zweck des von der Tarifordnung erlassenen Ver=

150) Mansfeld, Komm. S. 364 Anm. 10, 367 Anm. 10 a, 368 Anm. 10 a.

151) Vielhaber, Deutsches Arbeitsrecht, S. 200; Mansfeld, Komm. S. 284, Ziff. 2 zu § 22.

152) Hueck=Nipperdey, Komm. § 32 XI Anm. 152 Ziff. 2 S. 333; ähnlich Dersch, Komm. Anm. 7 b zu § 32 S. 209, nach dessen Ansicht auf das vertraglose Beschäftigungsverhältnis die Tarifordnung anzuwenden ist.

botes. Der verbotene Einzelarbeitsvertrag ist dann nichtig, wenn die Vornahme derartiger Rechtsgeschäfte überhaupt verboten werden soll. Dagegen liegt keine Nichtigkeit vor, wenn der Einzelarbeitsvertrag nur wegen der besonderen Umstände seines Abschlusses verboten ist. Danach ist bei einer verbotenen Einstellung von Frauen, Jugendlichen, Ungelernten oder ausländischen Arbeitern durch Auslegung zu ermitteln, ob der Einzelarbeitsvertrag nichtig oder ob der Unternehmer lediglich verpflichtet ist, nach § 62 AOG zu kündigen. Zuweilen wird das Letztere gelten.

Wenn dem Unternehmer durch die Tarifordnung ein Kontrahierungszwang obliegt, so besteht für ihn eine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung, Einzelarbeitsverträge abzuschließen.

Zwischen dem Unternehmer und dem Einzustellenden besteht eine obligatio ex lege. Falls der Unternehmer die Einstellung ablehnt, kann der Einzustellende auf Abschluß klagen. Allerdings entsteht ein Klageanspruch nur dann, wenn durch das Abschlußgebot bestimmten Personen unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Abschluß des Arbeitsvertrages gewährt werden sollte. Bei Erwirkung eines Urteils ersetzt das Urteil die Vertragserkläung des Betriebsführers. Handelt es sich aber nur um Sollbestimmungen oder um allgemeine Bestimmungen, die den Personenkreis nicht eng begrenzen, so steht dem Einzelnen ein subjektives Recht nicht zu.

Doch kann u. U. hier eine Bestrafung gemäß § 22 und § 36 Ziff. 3 AOG Platz greifen, wenn der Betriebsführer den allgemeinen oder besonderen Anordnungen des Treuhänders hartnäckig zuwiderhandelt.

C. Die neutralen Normen.

1. Begriff und Zulässigkeit der Aufnahme in die Tarifordnung.

Neutrale Normen liegen vor, wenn in einer Tarifordnung zur Klarstellung Bestimmungen, die lediglich den Inhalt von Gesetzesbestimmungen oder auch Bestimmungen einer anderen Tarifordnung mit gleichem Geltungsbereich schlechthin wiedergeben, aufgenommen werden, auf sie Bezug genommen oder wenn von der

Regelung bestimmter Fragen Abstand genommen und auf die vorhandene gesetzliche Regelung hingewiesen wird.

Obwohl solche Regeln entbehrlich sind, ist gegen ihre Zulässigkeit in der Tarifordnung nichts einzuwenden.

2. Die rechtliche Bedeutung der neutralen Normen.

Eine neutrale Norm ist keine Tarifnorm im Rechtssinne und hat daher keine tarifliche Bedeutung, sondern gilt so, wie sie ohne Tariforduung gelten würde, als gesetzliche Norm; also meist dispositiv [153]. Daraus folgt, daß die neutralen Normen an der Unabdingbarkeit nicht teilnehmen [154].

Inwieweit die Einzelarbeitsvertragsparteien eine abweichende Regelung treffen können, hängt nur davon ab, ob die in der Tariforduung als neutrale Normen aufgenommenen Gesetzesbestimmungen zwingender oder nachgiebiger Natur sind. Verstößt der Einzelarbeitsvertrag gegen eine zwingende gesetzliche Vorschrift, so ist im Zweifel der Arbeitsvertrag nichtig, ohne daß die Tariforduung als solche von Einfluß gewesen ist.

Wird das betreffende Gesetz aufgehoben, dann hat die Bestimmung der Tariforduung keine Gültigkeit mehr, d. h. die Rechtswirksamkeit entfällt.

Nimmt die Tariforduung auf die gesetzliche Arbeitszeitregelung Bezug oder bestimmt sie, daß die regelmäßige Arbeitszeit 48 Stunden beträgt, so handelt es sich also in der Regel lediglich um eine Wiederholung des Gesetzes, also um eine neutrale Regel.

a) Die 48-Stundenklausel.

Als solche hat die 48-Stundenklausel keine tarifliche Normenwirkung. Sie ist vielmehr lediglich im Sinne einer Höchstarbeitszeit zu verstehen. Die Arbeitszeit kann daher durch Vertrag unter Verminderung der Vergütung gekürzt werden. Die sich daraus ergebende Lohnfrage — was insbesondere für die Kurzarbeit von Bedeutung ist — liegt außerhalb des Rahmens der Unabdingbarkeit der Tariforduungsnormen [155].

---

153) RArbG i. ArbRSamml. 5/532, 6/134, 264, 12/206; Dersch, Komm. S. 210.
154) RArbG i. ArbRSamml. 12/208.
155) Erdmann-Meissinger, S. 223.

Es liegt daher kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unabdingbarkeit vor, wenn arbeitsvertraglich die Befreiung von der Arbeitspflicht mit entsprechender Lohnreduktion unter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses im übrigen (Werksbeurlaubung, Einlegung von Feierschichten) vereinbart wird. Stimmt der Beschäftigte nicht der Arbeitszeitverkürzung und der Herabsetzung des Entgeltes zu, so kann der Unternehmer kündigen und ein entsprechendes Vertragsangebot machen [156]).

Dagegen würde ein Verstoß gegen die Unabdingbarkeit dann vorliegen, wenn die Arbeitszeitverkürzung mit einer Herabsetzung der Lohneinheit unter dem Hinweis auf die günstigere Arbeitszeitbedingung verbunden wäre.

Diese Ausführungen treffen jedoch nicht zu, wenn in der Tarifordnung ausdrücklich die gesetzliche Arbeitszeit als Mindestarbeitszeit bezeichnet worden ist [157]).

b) Die Klausel, daß höhere Löhne weiter zu zahlen sind.

Wird in einer Tarifordnung bestimmt, daß bereits vor ihrem Erlaß vereinbarte Löhne, soweit sie die in der Tarifordnung festgesetzten Löhne übersteigen, weiterzuzahlen sind, so erschöpft sich Sinn und Bedeutung dieser Klausel dahin, lediglich klarzustellen, was ohne weiteres nach § 32 II 2 AOG Rechtens ist.

Derartige neutrale Bestimmungen in einer Tarifordnung bedeuten daher regelmäßig nicht, daß auch die höheren Löhne unabdingbar geworden sind. Denn nach § 32 AOG sind die von der Tarifordnung abweichenden Vereinbarungen wirksam, soweit sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Beschäftigten enthalten. Derartige Bestimmungen stellen lediglich das Verhältnis zwischen den Mindestbedingungen der Tarifordnung und den günstigeren Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages klar.

Diese gelten nicht auf Grund der Tarifordnung, sondern auf Grund der insoweit unverändert gebliebe-

---

156) Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 116 zu § 32 S. 325.
157) Etwa durch folgende Norm: Die in der Tarifordnung oder Gesetz vorgesehene Arbeitszeit ist vom Arbeiter auf Anordnung des Unternehmers zu leisten.

nen Einzelarbeitsverträge; die Tarifordnung läßt die höheren Lohnsätze der schon bestehenden oder erst abzuschließenden Einzelarbeitsverträge unberührt [158]).

Allein die Tarifordnung kann auch verbieten, übertarifliche Löhne herabzusetzen. In diesem Falle handelt es sich nicht mehr um eine neutrale Norm, sondern um eine Inhaltsnorm. Infolgedessen sind auch die höheren Löhne in den betreffenden Fällen unabdingbar und als Mindestlöhne anzusehen [159]).

Von einer neutralen Norm kann auch dann nicht gesprochen werden, wenn die Tarifordnung den Wortlaut einer dispositiven Gesetzesvorschrift als eigene Bestimmung aufnimmt. Soweit sich dies aus der Tarifordnung nicht eindeutig ermitteln läßt, wird sich eine dahingehende Auslegung im Zweifel insbesondere dann rechtfertigen, wenn in der Tarifordnung nur der Wortlaut, nicht aber die Paragraphen des betreffenden Gesetzes zitiert sind. Dann ist die dispositive Gesetzesvorschrift als Inhaltsnorm anzusprechen. Die Folge ist, daß die betreffenden dispositiven Gesetzesvorschriften für die der Tarifordnung unterfallenden Arbeitsverhältnisse bis zu der Aufhebung der Tarifordnung zwingend sind, und es gelten insoweit die oben erörterten Grundsätze über die Unabdingbarkeit.

---

158) RArbG i. ArbRSamml. 5/51; Hueck-Nipperdey, Komm. Anm. 195 zu § 32.

159) RABl. 1934 VI, S. 93 § 8, S. 96 § 19, S. 103 § 8, S. 122 § 4, S. 138, § 14.